ERFORDERNISSE DES WÖRTLICHEN ANGEBOTS IM ARBEITSRECHTLICHEN BEREICH DES § 615 BGB

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

Josef Zeller

1980

Referent: Professor Dr. Rother

Korreferent: Uni.-Doz. Dr. Kellmann

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Juli 1980

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

INHALTSVERZEICHNIS

A) Einleitung 1

B) Ausgangslage und Problemstellung 3

I) Ausgangslage 3

II) Problemstellung 4

C) Abgrenzung des Themas 8

I) Beschränkung auf den arbeitsvertraglichen Bereich des § 615 BGB 8

II) Abgrenzung zu Unmöglichkeit und Betriebsrisikolehre 9

III) Abgrenzung zur positiven Vertragsverletzung 10

IV) Abweichende Parteivereinbarungen und Tarifverträge 11

D) Das wörtliche Angebot im arbeitsrechtlichen Anwendungsbereich des § 615 BGB 12

I) Allgemeine Voraussetzungen für ein wirksames Angebot 13

1) Erfüllbares Arbeitsverhältnis 13

2) Leistungsvermögen 13

3) Leistungsbereitschaft 14

4) Das Angebot muß der zu bewirkenden Leistung entsprechen 15

5) Angebot der Leistung 17

6) Nichtannahme der Leistung 17

II) Voraussetzungen für die Anwendung des § 295 S. 1 BGB 18

1) Erklärung der Nichtannahme 18

a) Rechtsnatur der Nichtannahmeerklärung 18

b) Art der Erklärung 18

c) Zeitpunkt der Erklärung 19

2) Mitwirkungshandlung des Gläubigers, § 295 S. 1 F. 1 BGB 20

III) Die Rechtsnatur des wörtlichen Angebots 21

IV) Die Erfordernisse des wörtlichen Angebots - bisherige Lösungsansätze von Literatur und Rechtsprechung 24

1) Strenges Haften am Wortlaut des § 295 S. 1 F. 1 BGB bei weiter Auslegung des Begriffes "wörtliches Angebot" 24

a) Protest oder Widerspruch 25

b) Erhebung der Kündigungsschutzklage 27

c) Ausnahme bei Arbeitsunfähigkeit 28

d) Stellungnahme 29

aa) Zu den Erfordernissen allgemein 29

bb) Zum Einwand nach §§ 9 ff KSchG 31

cc) Zur Ausnahme bei Arbeitsunfähigkeit 32

dd) Zu einer Gegenausnahme des BAG 36

ee) Zum Rückwirkungsproblem 37

e) Zusammenfassung und Zwischenergebnis 40

2) Bisherige Erbringung der Dienste als stillschweigendes Angebot zukünftiger Dienstleistungen 40

a) Arbeitsverhältnis nicht unterbrochen 41

b) Arbeitsverhältnis unterbrochen 42

c) Stellungnahme 43

aa) Zum Lösungsansatz allgemein 43

bb) Zur Differenzierung nach unterbrochenem und nicht unterbrochenem Arbeitsverhältnis allgemein 44

cc) Zum Unterscheidungskriterium "Unterbrechung" 44

d) Zusammenfassung und Zwischenergebnis 45

3) Auslegung des Wortlautes "genügt" iSv "nicht erforderlich" (Larenz) 47

a) Stellungnahme zu dieser Auslegung 48

b) Stellungnahme zu der danach notwendigen Erforderlichkeitsbestimmung 48

c) Stellungnahme zum "Sekretärinnenbeispiel" 50

d) Zusammenfassung und Zwischenergebnis 51

4) Entbehrlichkeit des Angebots nach Treu und Glauben, § 242 BGB 51

a) Ältere Rechtsprechung und Literatur 51

b) Neuere Literatur 52

c) Neuere Rechtsprechung 55

d) Stellungnahme 56

e) Zusammenfassung und Zwischenergebnis 58

5) Lösung über § 296 BGB 59

a) Zur Erforderlichkeit einer Mitwirkungshandlung 61

aa) Begriff der Mitwirkungshandlung 61

bb) Erforderlichkeit der Mitwirkungshandlung im Fall des BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit 63

cc) Übertragbarkeit der Lösung auf andere Fälle 64

dd) Zwischenergebnis 65

b) Zeit nach dem Kalender bestimmt 65

c) "Vorleistungspflicht" des Gläubigers bezüglich der Mitwirkungshandlung 66

d) Tatsächliche Durchführung der Maßnahme 69

e) Beweislast 69

f) Zusammenfassung und Zwischenergebnis 70

6) Lösung über das Unmöglichkeitsrecht 71

a) Anwendbarkeit der §§ 323 ff BGB im Arbeitsrecht 71

aa) Die Vorstellungen des BGB-Gesetzgebers 71

bb) Rechtsprechung und Literatur nach Inkrafttreten des BGB 72

cc) Die Entwicklung bis zum 2. Weltkrieg 73

dd) Die Rechtsprechung bis zum 2. Weltkrieg 76

ee) Die Literatur nach dem 2. Weltkrieg 78

ff) Stellungnahme 81
(1) Verlust an Rechtssicherheit 82
(2) Historische Funktion des Gemeinschaftsgedankens 84
(3) Ziel auch innerhalb des BGB erreichbar 84
gg) Zusammenfassung 85
b) Unmöglichkeit durch die Kündigung selbst 86
aa) Abgrenzung zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit 87
(1) Abgrenzung nach allgemeinen Regeln 88
(2) Abgrenzung im Arbeitsrecht 89
(3) Die Betriebsrisikolehre als Abgrenzungskriterium 91
bb) Stellungnahme 94
(1) Nach allgemeinen Regeln 94
(2) Unmöglichkeit wegen Unzumutbarkeit 95
(3) Abstrahierungsformel 95
(4) Betriebsrisikolehre 96
(5) Zusammenfassung 96
c) Unmöglichkeit wegen des Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung, § 324 Abs. 1 BGB 96
aa) Zum Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung 98
(1) Die Vorstellungen des Gesetzgebers 98
(2) Rechtsprechung und h.M. 98
(3) Mindermeinung in der Literatur 100
(4) Stellungnahme 102
bb) Verschulden 103
cc) Stellungnahme 105
dd) Zusammenfassung 106
d) Unmöglichkeit während des Annahmeverzugs, § 324 Abs. 2 BGB 107
aa) Annahmeverzug des Arbeitgebers 108
bb) Unmöglichkeit während des Annahmeverzugs 109
cc) Zusammenfassung und Zwischenergebnis 110

7) Analogie zur Entbehrlichkeit der Mahnung beim Schuldnerverzug 111
a) Zur Entbehrlichkeit der Mahnung beim Schuldnerverzug 112
b) Übertragung auf den Gläubigerverzug 114
c) Stellungnahme 116
d) Zusammenfassung und Zwischenergebnis 117
8) Tatsächliches Angebot bis zur Entlassung 118
a) Entlassung während der Leistungserbringung 119
b) Entlassung außerhalb der Leistungserbringung 119
c) Stellungnahme und Zwischenergebnis 121
9) Gänzlicher Verzicht auf das wörtliche Angebot (Nikisch) 122
a) Die Eingliederungstheorie 123
b) Dienst- und Arbeitspflicht 124
c) "Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" 127
d) Stellungnahme und Zwischenergebnis 128
10) Nichtannahme oder mangelnde Mitwirkungshandlung als positive Vertragsverletzung 128
11) § 11 KSchG als eigenständige Anspruchsgrundlage 129
12) Zusammenfassung und Zwischenergebnis 131
V) Rechtsfortbildende Gesetzesauslegung 133
1) Gesetzesauslegung 134
a) Grammatikalische Auslegung 134
aa) Wortauslegung der Verweisung 135
bb) Wortauslegung des § 295 S. 1 F. 1 BGB 135
b) Systematische Interpretation 136
c) Historische Auslegung 137
aa) Rechtslage vor Inkrafttreten des BGB 138
(1) Gemeines Recht 138
(2) Rechtslage nach dem preussischen Allgemeinen Landrecht 140

(3) Die Regelung im Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch 141
(4) Sonstige Gesetzbücher und Entwürfe 142
(5) Zusammenfassung 143
bb) Die Vorarbeiten zum ersten Entwurf 143
(1) Die Vorarbeiten zu § 615 S. 1 BGB 144
(2) Die Vorarbeiten zu § 295 S. 1 F. 1 BGB 147
cc) Fassung der Vorschrift im ersten Entwurf; Motive und Kritik 150
dd) Beratungen der 2. Kommission mit Protokollen (Prot. II) 152
ee) Weiterer Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens 154
ff) Gesamtwürdigung der Überlegungen des Gesetzgebers 155
(1) Keine erschöpfende Regelung der vom Arbeitnehmer nicht verschuldeten Verhinderungsgründe 155
(2) Vergleich mit § 616 BGB 157
(3) Gewinn an Einfachheit und Verständlichkeit 158
(4) Die Neuheit der Regelung des § 295 S. 1 F. 1 BGB 159
(5) Inhaltliche Aufrechterhaltung des bisher geltenden Rechts 160
(6) §§ 293 ff BGB auf einmaligen Leistungsaustausch zugeschnitten 161
gg) Zusammenfassung und Zwischenergebnis 162
d) Teleologische Interpretation 163
aa) Zwecke des § 615 BGB 164
bb) Zwecke des § 295 S. 1 F. 1 BGB 165
cc) Gleichbehandlung als objektiver Gesetzeszweck 166
dd) Zusammenfassung 167
e) Zwischenergebnis 168

2) Lückenfeststellung 169
a) Zum Lückenbegriff 170
b) Lückenfeststellung konkret 173
aa) Planwidrige Unvollständigkeit 173
bb) Grenzen des möglichen Wortsinns 175
cc) Art der Lücke 175
c) Zwischenergebnis 176
3) Lückenfüllung 177
a) Zur teleologischen Reduktion allgemein 177
b) Grenzen der teleologischen Reduktion 178
c) Teleologische Reduktion konkret 178
aa) Teleologische Reduktion des § 295 S. 1 F. 1 BGB 178
bb) Teleologische Reduktion der Verweisung in § 615 S. 1 BGB 180
(1) Arbeitsverhältnis nicht im Vollzug 180
(2) Arbeitsverhältnis im Vollzug 181
4) Überprüfung der Lösung 182
a) Grenzen der teleologischen Reduktion eingehalten 182
b) Lösung der nach den bisherigen Ansätzen offenen Probleme 182
aa) Erforderlichkeit eines wörtlichen Angebots 182
bb) Das Rückwirkungsproblem 183
cc) Arbeitsunfähigkeit bei wörtlichem Angebot 183
dd) Rechtssicherheit 183

E) Reformvorhaben 184

I) Entwurf eines Arbeitsverhältnisgesetzes 1938 184

II) Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches 1977 184

III) Entwurf des DGB 1977 186

IV) Stellungnahme der Arbeitgeberverbände 186

V) Zusammenfassung und Stellungnahme zu den aktuellen Reformvorhaben 187

VI) Vorschlag für eine Neuformulierung de lege ferenda 189

F) Zusammenfassung und Gesamtergebnis 190

I) Bisherige Lösungsansätze von Rechtsprechung und Literatur 190

1) Lösungsansätze der h.M. 190

2) Andere Lösungswege in Literatur und Rechtsprechung 190

3) Gesamtwürdigung der bisherigen Ergebnisse von Literatur und Rechtsprechung 191

II) Teleologische Reduktion der Verweisung 193

1) Gesetzesauslegung 193

2) Lückenfeststellung und -schließung 193

III) Reformen 194

ABKÜRZUNGEN

aA	anderer Ansicht;
aaO	am angegebenen Orte;
Abs.	Absatz;
AcP	Archiv für die civilistische Praxis;
AFG	Arbeitsförderungsgesetz vom 25.6.69;
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten;
Anm.	Anmerkung;
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 2o. 1. 34;
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts, (bis 1954 Zeitschrift: Arbeitsrechtliche Praxis);
ArbG	Arbeitsgericht;
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht;
ARS	Arbeitsrechtssammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und des Reichsehrengerichtshofs, der Landesarbeitsgerichte, Arbeitsgerichte und Ehrengerichte;
ARSt	Arbeitsrecht in Stichworten;
Aufl.	Auflage;
AuR	Arbeit und Recht;
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (aufgehoben, jetzt AFG);
AZO	Arbeitszeitordnung v. 30.4.1938;
BadWü	Baden-Württemberg;
BAG	Bundesarbeitsgericht;
BAGE	Entscheidungssammlung des BAG;
BB	Der Betriebsberater;
Bd.	Band;
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz v. 15.1.1972;
BFH	Bundesfinanzhof;
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896;
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherungsrecht und Arbeitsrecht;
BStBl	Bundessteuerblatt;
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz v. 8.1.1963;
BVerfG	Bundesverfassungsgericht;
By	Bayern;
bzw.	beziehungsweise;
DB	Der Betrieb;
DE	Dresdner Entwurf = Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse;
d.h.	das heißt;
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung;
Dü	Düsseldorf;

Entw.	Entwurf;
ev.	eventuell;
F.	Fall;
ff	folgende;
Fn.	Fußnote;
gem.	gemäß;
gen.	genannt(en);
ggf.	gegebenenfalls;
GS	Großer Senat;
HFS	Hauptfürsorgestelle;
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897;
h.M.	herrschende Meinung;
HS	Halbsatz;
idR	in der Regel;
idS	in diesem Sinne;
iSd	im Sinne des, der;
iSv	im Sinne von;
iVm	in Verbindung mit;
JJb	Jehrings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts;
JurAn	Juristische Analysen;
JuS	Juristische Schulung;
JW	Juristische Woche;
KG	Kammergericht;
KSchG	Kündigungsschutzgesetz vom 25.8.69;
LAG	Landesarbeitsgericht;
LFZG	Lohnfortzahlungsgesetz v. 27.7.69;
LS	Leitsatz;
m.E.	meines Erachtens;
MünchKomm	Münchner Kommentar zum BGB;
MuSchG	Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter idF v. 18.4.68;
mwN	mit weiteren Nachweisen;
NJW	Neue Juristische Wochenschrift;
Nr.	Nummer;
o.ä.	oder ähnliches;
OLG	Oberlandesgericht;
OLGE	Entscheidungssammlung der Oberlandesgerichte;
Pand.	Pandekten;
pr.	preussisch(e,s);
Prot. I	Protokolle der Deutschen Civilgesetzgebungscommission;
Prot. II	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches;
RAG	Reichsarbeitsgericht;
RdA	Recht der Arbeit;
RG	Reichsgericht;
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar;
RGZ	Amtliche Sammlung der Reichsgerichtsrechtsprechung in Zivilsachen;
RJA	Reichsjustizamt;
ROHG	Reichsoberhandelsgericht;

RSpr.	Rechtsprechung;
Rz	Randziffer;
S.	Satz, Seite;
Sächs.	sächsisch;
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen;
SchwBeschG	Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft, in der Fassung vom 29.4.74;
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten;
sog.	sogenannt(e);
Sp.	Spalte;
SR	Schuldrecht;
Stg	Stuttgart;
TVG	Tarifvertragsgesetz, in der Fassung vom 25.8.69;
u.a.	unter anderem;
u.ä.	und ähnliches;
UrlG	Urlaubsgesetz;
u.U.	unter Umständen;
verb.	verbunden;
Verf.	Verfasser;
vgl.	vergleiche;
z.B.	zum Beispiel;
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht;
ZPO	Zivilprozeßordnung,in der Fassung vom 12.9.1950;
zust.	zustimmend;

Erfordernisse des wörtlichen Angebots im arbeitsrechtlichen Bereich des § 615 BGB

A)Einleitung

Der Arbeitsvertrag als schuldrechtlicher Vertrag[1] ist nach heute ganz h.M.[2] auf den synallagmatischen Austausch von Arbeitsleistung gegen Lohnzahlung gerichtet. Daraus wird die Regel "kein Lohn ohne Arbeit" abgeleitet[3]. Tatsächlich ist diese Regel aber so häufig durchbrochen, daß es bei einem bestehenden Arbeitsverhältnis schon eher als Ausnahme erscheint, wenn der Arbeitnehmer bei schuldloser Nichtleistung seiner Dienste keinen Lohn erhält.

Eine der zahlreichen Sondervorschriften zum Grundsatz "kein Lohn ohne Arbeit" ist § 615 BGB[4], der folgenden Wortlaut hat:

> "Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muß sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch

---

1) Vgl. dazu ausführlich S. 71 ff;

2) Vgl. unten S. 78;

3) BAG AP Nr. 14 zu § 56 BetrVG 1952; Staudinger-Mohnen § 615 Rz 1; Soergel-Wlotzke-Volze § 615 Rz 1; Schaub, Arbeitsrechtsblattei Annahmeverzug A II; aA Nikisch, Bd. I S. 325:"Es kann kein dem Arbeitsverhältnis immanenter Grundsatz sein, daß nur wirklich geleistete Arbeit zu vergüten ist."

4) Weitere Sondervorschriften finden sich z.B. in § 616 BGB, § 1 LFZG, § 1 BUrlG, § 11 MuSchG, § 1 Feiertagsgesetz;

anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt."

Die Vorschrift ist für Dienstberechtigte wie für Dienstverpflichtete von zentraler Bedeutung. Beschäftigt der Dienstberechtigte den Dienstverpflichteten nicht, obwohl er nach dem Arbeitsvertrag dazu verpflichtet wäre, so behält letzterer seinen vertraglichen Vergütungsanspruch[5] in voller Höhe, obwohl er tatsächlich nicht leistet und auch nicht zur Nachleistung verpflichtet ist. Voraussetzung dafür ist nur, daß er den Arbeitgeber gem. § 615 S.1 iVm §§ 293 ff BGB in Annahmeverzug gesetzt hat. Hingegen kommt es grundsätzlich nicht darauf an, auf welchen Gründen die Nichtbeschäftigung beruht[6], sofern es sich nicht ausnahmsweise um einen von keiner Seite zu vertretenden Fall des sog. Betriebsrisikos handelt[7].

Es liegt auf der Hand, daß dem vitalen Interesse des Arbeitnehmers, den Lohnanspruch als seine Lebensgrundlage zu behalten, die Belange des Arbeitgebers gegenüberstehen, bei nicht erbrachter Arbeitsleistung und damit fehlendem Nutzen und Gewinn auch von der Zahlungspflicht befreit zu sein.

---

5) Nach heute einhelliger Meinung handelt es sich nicht um einen Schadensersatzanspruch. Es sind deshalb alle Vorschriften über die Vergütungsforderung, wie z.B. Pfändungsschutz und Nebenleistungen auf den Anspruch aus § 615 BGB anzuwenden, vgl. Schaub AR-Blattei Annahmeverzug A III;

6) Staudinger-Löwisch § 293 Rz 13;

7) Vgl. dazu ausführlich unten S. 91 ff;

B) Ausgangslage und Problemstellung

I) Ausgangslage

Der Arbeitnehmer kann gem. § 615 S.1 BGB die vereinbarte Vergütung für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste ohne Verpflichtung zur Nachleistung nur verlangen, wenn der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug gekommen ist. Damit verweist § 615 S. 1 BGB auf die Vorschriften über den Gläubigerverzug in §§ 293 - 304 BGB[8].

Bei Schuldverhältnissen, deren Gegenstand ein einmaliger Leistungsaustausch ist, sind die Folgen des Annahmeverzugs insbesondere Haftungsmilderung (§ 300 Abs.1 BGB), Gefahrübergang (§300 Abs.2 BGB) und Ersatz von Mehraufwendungen (§ 304 BGB), also Rechtsfolgen, die erst relevant werden, wenn zum Gläubigerverzug ein zusätzliches Ereignis hinzukommt, etwa der Untergang der Sache oder Mehraufwendungen des Schuldners für das erfolglose Angebot.

Demgegenüber würde im Arbeitsrecht mit dem Annahmeverzug praktisch immer auch ein Verlust des Arbeitnehmers eintreten, da er seine Leistung in der vertraglich vorgesehenen Zeit nicht erbringen könnte und damit nach dem Grundsatz "kein Lohn ohne Arbeit" auch sein Verdienst entfiele, wenn nicht § 615 BGB die Folgen des Gläubigerverzugs erheblich schärfer regeln würde als §§ 300 ff BGB.

Um den Arbeitgeber in Annahmeverzug zu setzen, wie es § 615 BGB verlangt, ist nach § 294 BGB grundsätzlich ein "tatsächliches Angebot" erforderlich.

---

8) Vgl. unten S. 135;

Gem. § 295 S.1 BGB genügt jedoch ein wörtliches Angebot des Schuldners, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist. Gem. § 295 S.2 BGB steht dem Angebot der Leistung die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen.

II) Problemstellung

Ordnet der Arbeitgeber z.B. einseitig Kurzarbeit an, kündigt er dem Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund oder gibt er in sonstiger Weise zu erkennen, daß er die Leistung nicht annehmen werde, so bleibt dem Arbeitnehmer sein Gegenanspruch aus § 615 BGB nur erhalten, wenn er seine Leistung gem. § 295 BGB wenigstens wörtlich anbietet, d.h. z.B. den Arbeitgeber expressis verbis darauf hinweist, trotz dessen Maßnahme zur Arbeitsleistung bereit zu sein.

Vom Rechtsgefühl der Beteiligten her erscheint dies häufig als unsinnig. Der Arbeitnehmer wird womöglich gar nicht arbeiten wollen, solange die rechtswidrige Entlassung in der Welt ist und es u.U. als kränkend empfinden, sich dem Arbeitgeber durch ein wörtliches Angebot aufdrängen zu müssen. Der Arbeitgeber wird sich hinsichtlich der Kündigung im Recht fühlen, da er in der Mehrzahl der Fälle an die Berechtigung seiner Kündigung glaubt, also nicht vorsätzlich unrechtmäßig handelt[9], wird deshalb an

9) A.Hueck Anm. zu BAG AP Nr.2 zu § 615 BGB Böswilligkeit;

weiteren Diensten nicht interessiert sein und keinerlei Angebot des Arbeitnehmers erwarten.

Während der Arbeitnehmer bei rechtswidriger Kündigung häufig Kündigungsschutzklage erhebt, unternimmt er in anderen Fällen vorheriger Nichtannahmeerklärung regelmäßig nichts, d.h. er bleibt schlicht der Arbeit fern, ohne sich irgendwie zu äußern.

Soweit der Arbeitnehmer überhaupt nichts mehr unternimmt, würde er nach dem Wortlaut des Gesetzes seinen Lohnanspruch verlieren, ein Ergebnis, das einhellig als lebensfremd und dem Gerechtigkeitsgefühl widersprechend empfunden wird[10].

---

10) BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit:"Regelung vermag vor allem auf dem Gebiet des Arbeitsrechts nicht voll zu befriedigen"; ArbG Bamberg ARSt 76, 24; Schroeder aaO S.145; Stehl AuR 67, 44; Hanau-Adomeit aaO H III; Beitzke SAE 70, 4: §§ 293-296 BGB sind unbefriedigend gefaßt; Blomeyer Anm. zu BAG AP Nr. 26 zu § 615 BGB; Herschel Anm. zu AP 53 Nr.241: "weltfremd"; RGRK-Alff § 295 Rz 6: "weil im Normalfall das Angebot der Arbeitsleistuung bzw. der Protest gegen die Ablehnung nur eine Formsache darstellt"; Blomeyer Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu § 615 BGB: "Der Zwang zum wörtlichen Angebot ist indessen in einer so unangenehmen Situation wie der der fristlosen Kündigung in der Praxis nicht durchführbar"; Gamillscheg AcP 176, 219 Fn. 42: §§ 294-297 für sachgerechte Lösung "überaus hinderlich"; Schenker JJb 79, 185 f: "man wird vergeblich nach einer Rechtfertigung suchen, daß der Schuldner hier dem Gläubiger seinen guten Willen demonstrieren soll";

Als mögliche Fallgestaltungen, bei denen das Problem auftaucht, kommen insbesondere in Betracht:

- rechtswidrige oder nichtige[11] fristlose Kündigung,
- rechtswidrige oder nichtige ordentliche Kündigung,
- rechtswidrig angeordnete Kurzarbeit, auch in Form von zusätzlichen "Feiertagen",
- Nichtbeschäftigung Arbeitswilliger wegen Streik und/oder Aussperrung,
- Nichtannahme der Leistung wegen Konkurs des Arbeitgebers,
- Nichtbeschäftigung nicht urlaubsberechtigter Arbeitnehmer während der Betriebsferien,
- Arbeitsausfall aufgrund Vereinbarung mit dem Betriebsrat,
- Suspendierung des Arbeitsverhältnisses aufgrund für den Arbeitnehmer belastender Umstände[12],
- Nichtvornahme der erforderlichen Mitwirkungshandlung.

---

11) Nach BAG AP Nr.5 zu § 9 MuSchG ist auch bei einer wegen Verstoß gegen § 9 MuSchG nichtigen Kündigung ein Angebot erforderlich, da der Gesetzgeber kein Gebot der Vergütungszahlung schlechthin ausgesprochen habe und die sog. Vorsorgetheorie des RAG bezüglich der Kündigung von Schwerbeschädigten, wonach immer bis zur Zustimmung der Hauptfürsorgestelle bezahlt werden mußte, nicht ohne weiteres auf das MuSchG übertragen werden könne;

12) Anders ev. bei Einverständnis des Arbeitnehmers, vgl. BAG AP Nr.2 zu § 7 Altbankengesetz Berlin und BAG AuR 79, 30;

Ob überhaupt und ggf. in welcher Form § 295 S. 1 BGB in den genannten Fallgruppen ein wörtliches Angebot erfordert, ist eine der umstrittensten Fragen des Arbeitsrechts.

Seit Inkrafttreten des BGB sind Rechtsprechung und Literatur mit dem Problem befaßt, ohne daß bisher von einer h.M. im Hinblick auf die verschiedenen Fallkonstellationen die Rede sein kann und ohne daß es gelungen wäre, die in den §§ 293 ff BGB gegebene Regelung mit den Bedürfnissen des Arbeitslebens in Einklang zu bringen, weshalb man sich genötigt sieht, die gesetzlichen Vorschriften umzudeuten oder sich einfach darüber hinwegzusetzen[13].

Gewerkschaften und Rechtsanwälte müssen ratsuchenden Arbeitnehmern nach wie vor empfehlen, dem Arbeitgeber ihre Leistung trotz vorheriger Ablehnung förmlich anzubieten.

Die praktische Bedeutung des Problems erhellt aus der Tatsache, daß ca. 20 % aller arbeitsgerichtlichen Klagen fristlose Kündigungen zum Gegenstand haben[14]. Fristlose Kündigungen aber stellen den Hauptanteil der auf S. 6 genannten möglichen Fallgestaltungen.

Es handelt sich auch nicht um eine "nebensächliche Konstruktionsfrage"[15], denn ob und ggf. wie und für welche Fälle eine gesetzliche Regelung außer

---

13) Nikisch RdA 67, 242;
14) Stehl AuR 67, Fn. 14;
15) So Beitzke SAE 70,4;

Kraft gesetzt werden soll, ist aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit alles andere als nebensächlich.

Wie so häufig im BGB, resultiert das Problem letztlich aus einer Verweisung. Während bei sonstigen Schuldverhältnissen (z.B. §§ 644 Abs.1 S.2 BGB, § 373 HGB) die Verweisung auf §§ 293 ff BGB zu akzeptablen Ergebnissen führt, erscheint sie beim Arbeitsverhältnis verfehlt oder zumindest teilweise unpassend.

C) Abgrenzung des Themas

I) Beschränkung auf den arbeitsvertraglichen Bereich des § 615 BGB

Die §§ 611 ff BGB regeln den Dienstvertrag, d.h. den schuldrechtlichen gegenseitigen Vertrag, durch den der Dienstverpflichtete zur Leistung der versprochenen Dienste, der Dienstberechtigte zur Entrichtung der versprochenen Vergütung verpflichtet wird[16].

Der Arbeitsvertrag ist ein Unterfall des Dienstvertrages[17] und unterscheidet sich von diesem nur dadurch, daß er zwischen einem unselbständigen, fremdbestimmte Arbeit leistenden Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber geschlossen wird. Entscheidend für die Abgrenzung zum Dienstvertrag, unter den auch die

---

16) Palandt-Putzo Anm.1 vor § 611; Soergel-Wlotzke-Volze Rz 4 vor § 611;

17) Esser-Weyers, Schuldrecht II § 27 II 2;

sog. höheren Dienstleistungen der Ärzte, Rechtsanwälte und Privatlehrer fallen, sind die Abhängigkeit des Dienstnehmers vom Arbeitgeber sowie seine Weisungsgebundenheit[18].

Da § 615 BGB im übrigen Dienstvertragsrecht kaum von praktischer Bedeutung ist und so gut wie keine Rechtsprechung dazu existiert, ferner die vorzunehmenden Wertungen im Arbeitsrecht anders ausfallen müssen als in freien Dienstverhältnissen, war eine Beschränkung des Themas auf den arbeitsrechtlichen Anwendungsbereich des § 615 BGB angezeigt.

II) Abgrenzung zu Unmöglichkeit und Betriebsrisikolehre

Die Arbeit befaßt sich ausschließlich mit dem Problem des wörtlichen Angebots bei Annahmeverzugsfällen. Die umfassenderen Probleme von Unmöglichkeit und Betriebsrisikolehre bzw. Sphärentheorie sind nur insoweit Gegenstand der Betrachtung, als sie zum Annahmeverzug abgegrenzt werden müssen, bzw. als die der Betriebsrisikolehre zugrunde liegenden Überlegungen für die Entscheidung von Annahmeverzugsfällen fruchtbar gemacht werden können[19] oder soweit Probleme, die eigentlich in den Bereich des Annahmeverzugs gehören, durch ein Ausweichen auf

---

18) Zur Abgrenzung im einzelnen vgl. Palandt-Putzo Anm.1 g vor § 611; Soergel-Wlotzke-Volze Rz 6 ff vor § 611; Esser-Weyers SR II, § 27 II 2; zu neueren Abgrenzungsversuchen Rancke AuR 79, 9 und Dieterich RdA 78, 329;

19) Vgl. unten S. 91 ff;

Unmöglichkeitsrecht gelöst werden[20]. Die Arbeit behandelt deshalb z.B. nicht Fälle des "Wegfalls des Leistungssubstrats" oder Betriebsstörungen, die nach heute h.M. zur Unmöglichkeit der Leistung führen[21].

III)Abgrenzung zur positiven Vertragsverletzung

Da der Gläubigerverzug kein Verschulden voraussetzt[22] und die Annahme der Leistung nach h.M. auch nicht Vertragspflicht ist, sondern eine bloße Obliegenheit[23], deren Nichterfüllung keine Schadensersatzpflicht auslöst, sondern allenfalls zum Ersatz von Mehraufwendungen verpflichtet (§ 304 BGB)[24], werden diejenigen Fälle ausgeschieden, in denen ausnahmsweise die Abnahme oder sonstige Mitwirkung des Gläubigers eine Rechtspflicht darstellt, deren schuldhafte Verletzung Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung zur Folge hat[25] [26].

---

20) Vgl. unten S. 71 ff;

21) Vgl. unten S. 87 ff;

22) Soergel-Schmidt Rz1 vor § 293; BAG AP Nr.27 zu § 615 LS 5; Schaub AR-Blattei Annahmeverzug B III 2;

23) Larenz SR I § 25 I; Soergel-Schmidt Rz1 vor § 293; Schmidt aaO S.146 ff; MünchKomm-Walchshöfer § 293 Rz 12; Staudinger-Löwisch § 293 Rz 12 läßt offen;

24) Anders nur bei Abnahmepflicht des Gläubigers, vgl. MünchKomm-Walchshöfer § 293 Rz 13;

25) Gesetzliche Beispiele sind §§ 433 II, 640 BGB; vgl. zu diesem Fall Larenz SR I § 25 I; Staudinger-Löwisch Rz 7 vor § 293 mwN;

26) Zu einem Lösungsweg über positive Vertragsverletzung vgl. unten S. 12 ff;

IV) Abweichende Parteivereinbarungen und Tarifverträge

Nach heute ganz h.M. enthält § 615 S.1 BGB nachgiebiges Recht und kann deshalb sowohl durch kollektivrechtliche Vereinbarungen als auch durch Einzelarbeitsverträge abbedungen werden[27].

Soweit ersichtlich, wurde bisher nur hinsichtlich der Klausel "bezahlt wird nur die Zeit, in der gearbeitet wird" entschieden, daß diese für eine Abbedingung des § 615 S.1 BGB nicht eindeutig genug ist[28].

Da die Abdingbarkeit des § 615 S.1 BGB in der Praxis also offenbar keine Rolle spielt, wird auch hier darauf verzichtet, abweichende einzel- oder tarifvertragliche Bestimmungen zu untersuchen.

---

27) Schaub AR-Blattei Annahmeverzug G I mwN; BAG NJW 69, 766;

28) BAG AP Nr.13 zu § 615 BGB Betriebsrisiko mit zust. Anm. Hueck;

D) Das wörtliche Angebot im arbeitsrechtlichen Anwendungsbereich des § 615 BGB

Im folgenden werden zunächst die allgemeinen Voraussetzungen für ein wirksames Angebot (I), die speziellen Voraussetzungen für die Anwendung des § 295 BGB (II) sowie die Rechtsnatur des wörtlichen Angebots (III) dargestellt. Es folgt eine Erörterung der von Rechtsprechung und Literatur bisher angewandten bzw. diskutierten Lösungsmöglichkeiten mit ihren dogmatischen Voraussetzungen und Konsequenzen sowie ihren praktischen Vor- und Nachteilen.

Gerade im Arbeitsrecht neigen Rechtsprechung und Literatur schnell dazu, auf allgemeine Billigkeitserwägungen zurückzugreifen, ohne vorher mit dem nötigen Nachdruck versucht zu haben, die Entscheidung mit Hilfe des Gesetzeswortlautes zu finden und zu begründen, so daß häufig nicht klar wird, auf welcher Norm die Entscheidung beruht. Hinzu kommt, daß zur Absicherung der gefundenen Entscheidung gelegentlich Argumente kumuliert werden, die auf gänzlich verschiedenen Denkansätzen beruhen. Daraus resultiert, daß in dieser Untersuchung gelegentlich ein- und derselbe Autor, ein- und dieselbe Entscheidung für verschiedene Lösungswege zitiert werden müssen.

I) Allgemeine Voraussetzung für ein wirksames Angebot

1) Erfüllbares Arbeitsverhältnis

Voraussetzung eines wirksamen Leistungsangebots ist immer, daß der Arbeitnehmer leisten darf, d.h. es muß ein gültiges, erfüllbares Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien vorliegen[29]. Daran fehlt es z.B. bei einer wirksamen Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, daß am Rosenmontag die Arbeit ausfallen soll[30] oder wenn der Arbeitnehmer vor seinem Einstellungszeitpunkt leisten will[31]. Liegt mangels wirksamen Vertrages ein nur faktisches Arbeitsverhältnis vor, so kann der Arbeitgeber in Verzug geraten, bis er sich auf die Unwirksamkeit beruft und damit das Arbeitsverhältnis mit ex-nunc-Wirkung beendet[32].

2) Leistungsvermögen

Voraussetzung für ein wirksames Angebot der Arbeitsleistung ist ferner Leistungsvermögen des Arbeitnehmers[33], jedoch muß sich dieser nicht ständig zur Dienstleistung bereit halten[34]. Annahmeverzug

---

29) MünchKomm-Walchshöfer § 293 Rz3; Staudinger-Löwisch § 293 Rz11; BAG AP Nr.17,18 zu § 3 KSchG 1951;

30) BAG AP Nr. 14 zu § 56 BetrVG 1952;

31) Staudinger-Löwisch § 293 Rz 11;

32) Schaub,Arbeitsrechtshandbuch S.174; BAG AP Nr. 2 zu § 125 BGB; BadWü AP Nr.1 zu § 19 AFG;

33) MünchKomm-Walchshöfer § 295 Rz 4; Oertmann AcP 116,13; RGRK-Alff § 295 Rz 3 unter Berufung auf § 297 BGB;

34) BAG AP Nr.20 zu § 615 BGB;

kann demnach nicht eintreten, wenn der Arbeitnehmer wegen Krankheit arbeitsunfähig ist[35], in Untersuchungshaft sitzt[36], sich in Urlaub befindet[37] oder wenn ein gesetzliches Beschäftigungsverbot wie § 8 MuSchG erfüllt ist[38]. Die Beweislast für das Unvermögen trägt gem. § 297 BGB der Gläubiger[39].

3) Leistungsbereitschaft

Das Angebot der Arbeitsleistung führt dann nicht zum Annahmeverzug des Arbeitgebers, wenn der Arbeitnehmer zur Zeit der Erklärung des Angebots[40] persönlich nicht leistungsbereit ist[41]. Während das tatsächliche Angebot stets die ernsthafte Leistungsbereitschaft dokumentiert[42], muß diese bei einem wörtlichen Angebot neben der Erklärung, die

---

35) Staudinger-Löwisch § 297 Rz 2; RAG ARS 23, 114; BAG AP Nr.26 zu § 615 BGB;

36) Staudinger-Löwisch § 297 Rz 3; Marienhagen BB 67, 795; aA BAG BB 67, 630 für vom Arbeitgeber mitverschuldete Untersuchungshaft;

37) Staudinger-Löwisch § 297 Rz 2;

38) BAG AP Nr.1 zu § 8 MuSchG;

39) BAG AP Nr.20 zu § 615 BGB; anders noch das gemeine Recht (Schroeder aaO S.195 Fn 1) und die Motive zu § 255 S.70;

40) Staudinger-Löwisch § 297 Rz 11;

41) MünchKomm-Walchshöfer § 295 Rz 4; Soergel-Schmidt § 297 Rz 1; Erman-Battes § 297 Anm.1 versteht unter Leistungsbereitschaft Leistungsmöglichkeit und Leistungswilligkeit; BAG AP Nr. 27, 28,30 zu § 615 BGB;

42) Soergel-Schmidt § 297 Rz 1; Heck, Schuldrecht § 37 Anm. 5; BAG AP Nr. 27, 28,30 zu § 615 BGB;

Leistung erbringen zu wollen, zusätzlich gegeben sein[43], da die Möglichkeit besteht, daß der Schuldner auf Nichtannahme seitens des Gläubigers hofft und tatsächlich gar nicht leisten will.

Die Leistungsbereitschaft muß nicht ausdrücklich erklärt werden, wohl aber erkennbar und unzweideutig vorliegen[44] und läßt sich im allgemeinen nur für Zeiten vor der mündlichen Verhandlung feststellen[45]. Die Beweislast hat auch hier der Gläubiger[46].

4) Das Angebot muß der zu bewirkenden Leistung entsprechen, § 294 BGB

Schließlich muß die Leistung dem Arbeitgeber so angeboten werden, wie sie zu bewirken ist, d.h. grundsätzlich vollständig (§ 266 BGB), in eigener Person, der rechten Person, zur rechten Zeit, am rechten Ort (§ 269 BGB) und in der rechten Weise[47]. "Der Schuldner hat diejenige Tätigkeit zu entwickeln, welche das besondere Schuldverhältnis ihm vorschreibt, und welche, wenn der Gläubiger den aus der konkreten Obligation für das von seiner Seite zu beobachtende Verhalten sich ergebenden Voraussetzungen entspricht, zur Erfüllung der Obligation führt"[48].

---

43) Staudinger-Löwisch § 295 Rz 6 mwN;

44) Walchshöfer Anm. zu BAG AP Nr. 30 zu § 615 BGB; BAG AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG;

45) BAG AP Nr. 30 zu § 615 BGB;

46) MünchKomm-Walchshöfer § 295 Rz 4;

47) Schaub, Arbeitsrechtshandbuch S. 175; Staudinger-Löwisch § 294 Rz 2 ff; Fikentscher, Schuldrecht § 46 II 2; Rother aaO Anm. zu § 294;

48) Motive zu § 255, S. 69;

Eine fehlerhafte Dienstleistung bietet z.B. ein Angestellter an, der wegen Schiebung vom Dienst suspendiert wurde[49], ein Wächter, der statt wechselnder nur noch Tagwächterdienste versehen will[50], ein Arzt, der weder approbiert ist noch über eine entsprechende Ausnahmegenehmigung verfügt[51], eine Blaskapelle, in der ein Musiker fehlt[52].

Ein Angebot vor der Zeit kann nach § 271 Abs.2 BGB genügen, ein verspätetes Angebot kann bereits eingetretenen Schuldnerverzug heilen[53].

Annahmeverzug kann ausnahmsweise ausscheiden, wenn dem Arbeitgeber die Annahme der Leistung schlechthin unzumutbar ist, wobei das entsprechende Verhalten des Arbeitnehmers aber schwerer wiegen muß als ein für eine außerordentliche Kündigung ausreichender Grund[54].

---

49) Neumann-Duesberg, Anm. zu LAG Dü AP 50 Nr. 97; Hueck-Nipperdey, Bd.I S.386;

50) BAG AP Nr. 10 zu § 615 BGB - In der Anm. weist Hueck kritisch darauf hin, daß hier die Zuweisung neuer Dienste wohl Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers iSv § 295 BGB sei;

51) BAG AP Nr. 29 zu § 615 BGB nimmt für diesen Fall allerdings Unmöglichkeit an, was wohl allenfalls im Sinne einer rechtlichen Unmöglichkeit verstanden werden kann;

52) Staudinger-Löwisch § 294 Rz 5;

53) RGRK-Alff § 293 Rz 4; MünchKomm-Walchshöfer § 293 Rz 8; Schaub AR-Blattei Annahmeverzug I E;

54) BAG AP Nr. 10 zu § 615 BGB;

5) Angebot der Leistung

Der Arbeitnehmer muß die Leistung grundsätzlich tatsächlich anbieten (§ 294 BGB), d.h. so, daß der Gläubiger nichts anderes zu tun braucht, als zuzugreifen und die angebotene Leistung entgegenzunehmen[55].

6) Nichtannahme der Leistung

Letzte Voraussetzung für den Eintritt des Gläubigerverzugs ist gem. § 293 BGB die Nichtannahme der angebotenen Leistung durch den Gläubiger, d.h. das tatsächliche Unterbleiben der Annahme[56]. Auf den Grund der Nichtannahme kommt es nicht an[57]. Lediglich bei vorübergehender Annahmehinderung ist Verzug gem. § 299 BGB ausgeschlossen[58].

---

55) RGRK-Alff § 294 Rz 1 mwN; Staudinger-Löwisch § 294 Rz 9;

56) Oertmann AcP 116, 41; MünchKomm-Walchshöfer § 293 Rz 10; Fikentscher aaO § 46 II 3a; Erman-Battes Rz 3 vor § 293; aA Lotmar Arbeitsvertrag II S. 281 f;

57) MünchKomm-Walchshöfer § 293 Rz 11; Staudinger-Löwisch § 293 Rz 13;

58) Nach Schaub AR-Blattei Annahmeverzug B III 4 spielt § 299 im Arbeitsrecht praktisch keine Rolle, soll aber entsprechend angewendet werden, wenn das Arbeitsverhältnis längere Zeit unterbrochen war und der Arbeitgeber mit dem Leistungsangebot nicht zu rechnen brauchte oder die Arbeitsaufnahme betriebstechnisch nicht möglich ist, z.B. nach einem Streik;

II) Voraussetzungen für die Anwendung des § 295 S.1 BGB

Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt gem. § 295 S.1 BGB an Stelle des tatsächlichen nur, wenn der Gläubiger erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist.

1) Erklärung der Nichtannahme

a) Rechtsnatur der Nichtannahmeeerklärung

Während die früher überwiegende Meinung eine empfangsbedürftige Willenserklärung annahm[59], wird die Annahmeverweigerung des Gläubigers von der heute h.M. als mit ex-nunc-Wirkung widerrufliche, geschäftsähnliche Handlung aufgefaßt, auf die jedoch §§ 104 ff, 116 ff, 130 ff und 164 ff BGB entsprechend anwendbar sind[60], so daß beide Wege zu denselben Ergebnissen führen.

b) Art der Erklärung

Nach allgemeiner Meinung kann die Verweigerung der Annahme ausdrücklich oder konkludent erklärt werden[61]. Insbesondere bringt der Arbeitgeber durch

---

59) Staudinger-Mayring, 1.Aufl. 1901, § 295 Anm. 3; Oertmann, 1.Aufl. 1899, § 295 Anm. 1a;

60) Planck-Siber, 4.Aufl. 1914, § 295 Anm. 1; Staudinger-Löwisch § 295 Rz 3; Soergel-Schmidt § 295 Rz 2;

61) Motive zu § 254 S. 69; BAG AP Nr. 23 zu § 615 BGB; Schenker JJb S. 183; Oertmann AcP 116, 41; Soergel-Schmidt § 293 Rz 5; Erman-Battes § 293 Rz 4; MünchKomm-Walchshöfer § 295 Rz 6; RGRK-Alff § 293 Rz 5;

eine Kündigung[62] und durch die rechtswidrige Einführung von Feierschichten oder Kurzarbeit[63] zum Ausdruck, daß er die Leistung nicht annehmen werde. Aber auch in den übrigen auf S. 6 genannten Fallgestaltungen beinhaltet die entsprechende Mitteilung oder das entsprechende Verhalten des Arbeitgebers die konkludente Erklärung, die Leistung nicht annehmen zu wollen.

c) Zeitpunkt der Erklärung

Die Annahmeverweigerung des Gläubigers muß vorher, d.h. vor Erbringung der Arbeitsleistung, erklärt werden[64].

---

62) BAG AP Nr. 18, 22 und 23 zu § 615 BGB; BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Böswilligkeit; BAG AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG; Soergel-Wlotzke-Volze § 615 Rz 5; Staudinger-Löwisch § 295 Rz 3; Nipperdey-Mohnen-Neumann § 615 Rz 11; RGRK-Alff § 295 Rz 6; aA wohl nur Hoffmann DB 53, 995, wonach die "normale, übliche Kündigungserklärung nicht als eine derartige Erklärung zu qualifizieren ist";

63) BAG AP Nr. 13 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit; Staudinger-Löwisch § 295 Rz 3;

64) Ganz h.M. im Anschluß an RGZ 50, 210; Blomeyer Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu § 615 BGB; Staudinger-Löwisch § 295 Rz 3; die ursprüngliche Formulierung der 1. Kommission enthielt noch die Wendung "im Voraus erklärt", vgl. Prot. I S. 1237, Jakobs-Schubert S. 342; in der Redaktionsvorlage wurde "im Voraus" in Klammern gesetzt, vgl. Prot. I S. 1240, Jakobs-Schubert S. 343; in der Vorkommisssion des Reichsjustizamtes schließlich war beantragt, das "im Voraus" durch "bereits" zu ersetzen, Jakobs- Schubert aaO S. 343; im Laufe der weiteren Beratungen entfiel die Wendung schließlich ganz, weil sie augenscheinlich als überflüssig angesehen wurde, Prot. RJA S. 231, Jakobs-Schubert S. 344;

2) Mitwirkungshandlung des Gläubigers, § 295 S. 1 F. 2 BGB

Der Arbeitgeber kommt auch dann in Annahmeverzug, wenn zur Bewirkung der Leistung erforderlich ist, daß er eine Handlung vornimmt,und er diese zur nach dem konkreten Schuldverhältnis erforderlichen Zeit nicht erbringt, § 295 S. 1 F. 2 BGB.

Mitwirkungshandlungen iSv § 295 BGB (und von § 296 BGB) sind alle diejenigen Handlungen, ohne deren Vornahme der Schuldner die Leistung weder bewirken noch in concreto anbieten kann[65]. Hierzu gehören z.B. die Bereitstellung von Arbeitsräumen, Rohstoffen, Werkzeugen[66], das Benachrichtigen[67] und Abholen[68] des Arbeitnehmers sowie die Zuweisung der konkreten Arbeit[69].

In den hier relevanten, oben S. 6 genannten Fallgruppen kann neben der Ablehnungserklärung auch die Mitwirkungshandlung fehlen, etwa wenn bei Konkurs, Betriebsstillegung, Kurzarbeit oder Aussperrung die Werkstore geschlossen, die Fließbänder angehalten werden.

Ist für die Mitwirkungshandlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so ist auch das wörtliche Angebot nur erforderlich, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt, § 296 S. 1 BGB.

---

65) Soergel-Schmidt § 295 Rz 3;
66) Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 615 Rz 11;
67) LAG Dü BB 69, 1479;
68) Schaub, Arbeitsrechtshandbuch S. 176;
69) Schaub AR-Blattei Annahmeverzug, B I 2;

Das BAG neigt neuerdings dazu, den Kreis der Mitwirkungshandlungen des Arbeitgebers weit zu ziehen und für deren Erbringung eine bestimmte Zeit anzunehmen. Unter Umgehung der Probleme des wörtlichen Angebots führt diese Konstruktion über § 296 S. 1 BGB zum Annahmeverzug des Arbeitgebers[70]. Dieser Lösungsweg nebst der Problematik der Mitwirkungshandlungen wird unten S. 59 ff ausführlich behandelt.

III) Die Rechtsnatur des wörtlichen Angebots

Während das tatsächliche Angebot iSv § 294 BGB nach heute h.M. eine Tathandlung, ein Realakt ist, auf den §§ 104 ff, 116 ff und 130 ff BGB nicht angewendet werden können[71], ist die Rechtsnatur des wörtlichen Angebots nach wie vor streitig.

---

70) BAG AP Nr. 2 zu § 615 Kurzarbeit;

71) RGZ 102, 372; Palandt-Heinrichs § 294 Anm. 1; Larenz Schuldrecht I § 25 I a; Soergel-Schmidt § 294 Rz 1: Rechtshandlung, auf die auch § 130 BGB nicht anwendbar, weil nach dem Zweck der Vorschrift das Zugangsrisiko nicht dem Schuldner aufgebürdet werden dürfe; MünchKomm-Walchshöfer § 293 Rz 8: keine Willenserklärung, sondern Realakt; Staudinger-Löwisch § 294 Rz 13; aA Erman-Battes § 294 Rz 4; Blomeyer § 36 I 2b; RGRK-Alff § 293 Rz 3: einseitige, empfangsbedürftige und widerrufliche Erklärung, auf die § 130 entsprechend anzuwenden; Enneccerus-Lehmann § 57 II 2b; empfangsbedürftige Willenserklärung nahmen an Rosenberg aaO S. 157, Staudinger-Werner § 294 Rz 6 bis zur 9.Aufl.; nach Leonhard aaO S. 569 ist das Realangebot nichts anderes als der Beginn der schuldnerischen Leistung; ähnlich heute noch Erman-Battes § 294 Anm. 4, der deshalb ein Rechtsgeschäft annimmt, falls auch die Erfüllunhshandlung ein Rechtsgeschäft ist und Enneccerus-Lehmann § 57 II 2b;

Früher wurde überwiegend angenommen, es handle sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung und um ein Rechtsgeschäft[72]. Nur vereinzelt wird in der älteren Literatur vertreten, daß es sich beim wörtlichen Angebot überhaupt nicht um eine Willenserklärung handle und §§ 130 ff BGB unanwendbar seien[73]. Nach heute h. M. handelt es sich um eine geschäftsähnliche Handlung, auf die die Vorschriften über Rechtsgeschäfte wenigstens entsprechend anwendbar sein sollen[74].

Obwohl es sich bei der "Willenserklärung" um einen Zentralbegriff des BGB handelt, wird dieser vom Gesetz nicht definiert[74a]. Nach wohl h.M. ist eine Willenserklärung die Äußerung eines auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichteten Willens[75], eine Definition,

---

72) Rosenberg JJb 43, 157; Leonhard aaO S. 574; Erman-Battes § 295 Anm. 6; Staudinger-Mayring, 1. Aufl., § 295 Anm. 3; dagegen Schenker aaO S. 182;

73) Enneccerus-Lehmann § 57 II 2 c: § 132, nicht aber § 130 BGB anwendbar; Heck, SR S. 113: Angebot sei an den Gläubiger zu richten, Zugehen aber nicht erforderlich; finde der Schuldner das Haus des Gläubigers verschlossen, so habe er die Voraussetzungen für den Gläubigerverzug bewirkt; ähnlich Planck-Siber § 295 Anm. 3: wörtliches Angebot auch wirksam, wenn es als unbestellbar zurückkommt, öffentliche Zustellung sei nicht erforderlich; Oertmann AcP 116, 10: keine rechtsgeschäftliche und keine empfangsbedürftige, sondern nur eine richtungsbedürftige Erklärung;

74) Palandt-Heinrichs § 295 Anm. 1; Larenz, SR I § 25 I; RGRK-Alff § 293 Rz 3; MünchKomm-Walchshöfer § 295 Rz 2; Hoffmann DB 53, 994; RAG ARS 17, 318; Soergel-Wlotzke-Volze § 615 Rz 5; Hueck-Nipperdey, Bd. I § 34 III Fn. 30; Oertmann § 295 Anm. 1 a: nur tatsächliche ("unmaßgebliche") Willensäußerung, etwa das Gegenstück der Mahnung; Rechtswirkungen träten ohne Rücksicht auf den Parteiwillen ein, aber unbeschränkte Geschäftsfähigkeit erforderlich und Erklärung empfangsbedürftig und insoweit § 130 BGB entsprechend anwendbar; Staudinger-Löwisch § 295 Rz 12; Schnorr Anm. zu BAG AP Nr. 27 zu § 615 BGB: "Rechtshandlung";

74a) MünchKomm-Kramer Rz 1 vor § 116;

75) Palandt-Heinrichs Anm. 1 a vor § 116; Erman-Wester-

die sich deutlich an die des Preussischen Allgemeinen Landrechts in § 1 des Ersten Teils, Vierter Titel[75a)], anlehnt.

Das wörtliche Angebot nach § 295 S. 1 BGB zielt darauf, die Rechtswirkungen der §§ 300 ff bzw. des § 615 BGB herbeizuführen. Insofern bestehen keinerlei Bedenken gegen die Annahme, es handle sich um eine Willenserklärung.

Diese Annahme hat auch den wesentlichen Vorteil, daß dann auf einen festen Bestand an Normen, insbesondere §§ 104 ff, 116 ff und 130 ff BGB zurückgegriffen werden kann, während die Meinungen, die die Rechtsnatur des wörtlichen Angebots als Willenserklärung leugnen oder eine geschäftsähnliche Handlung annehmen, quasi im rechtsfreien Raum ohne gesetzliche Regeln operieren und zusätzliche Kriterien entwickeln müssen, wann z.B. die §§ 130 ff BGB anwendbar sein sollen[76)]. Schon aus Grümden der Rechtssicherheit sollte deshalb eine Willenserklärung angenommen werden. Außerdem darf nicht übersehen werden, daß beim tatsächlichen Angebot für den Gläubiger immer die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestehen muß. Für das wörtliche Angebot als Surrogat des tatsächlichen Angebots darf nichts anderes gelten. Unter dem Gesichtspunkt der sonst leerlaufenden Warnfunktion des wörtlichen Angebots ist jedenfalls Zugangsbedürftigkeit zu fordern, wobei letztlich dahinstehen kann, ob § 130 BGB unmittelbar oder analog angewendet wird.

---

mann Einl. 1 vor § 104; Soergel-Hefermehl Rz 1 vor § 116; zum Stand des hier irrelevanten Streits zwischen den Vertretern "finaler" und "normativ zugerechneter" Willenserklärung vgl. MünchKomm-Kramer Rz 18 ff vor § 116 und Staudinger-Coing Vorb. 1 f vor § 116;

75a) "Die Willenserklärung ist eine Äußerung dessen, was nach der Absicht des Erklärenden geschehen oder nicht geschehen soll", zitiert nach B. Rüthers aaO Rz 192;

76) Vgl. Palandt-Heinrichs Anm. 2 d vor § 104 und BGH NJW 52, 417, wonach z.B. die Vorschriften über Willensmängel nicht anwendbar sind;

IV) Die Erfordernisse des wörtlichen Angebots - bisherige Lösungsansätze von Literatur und Rechtsprechung

1) Strenges Haften am Wortlaut des § 295 S. 1 BGB bei weiter Auslegung des Begriffs "wörtliches Angebot"[77]

Hat der Gläubiger dem Schuldner bereits vorher (vgl. oben S. 19) erklärt, daß er die Leistung nicht annehmen werde oder hat er die ihm obliegende Mitwirkungshandlung zur Leistungszeit noch nicht vorgenommen, so wird der Schuldner nach dem Wortlaut des § 295 S. 1 BGB von dem Erfordernis des tatsächlichen Angebots gem. § 294 BGB befreit.

Das statt dessen "genügende" und nach h.M. auch erforderliche[78] wörtliche Angebot kann nach ganz überwiegender Meinung auch schlüssig (konkludent) erfolgen[79].

---

77) Schroeder aaO S. 147 nennt dies "Angebotstheorie";

78) RGZ 50, 208; BAG AP Nr. 10 u. 18 zu § 615 BGB; BAG NJW 78, 75; MünchKomm-Walchshöfer § 295 Rz 4; RGRK-Alff § 295 Rz 1; Planck-Siber § 295 Anm. 3; Groh, Koalitionsrecht S. 184; Hanau-Adomeit aaO H III; Zöllner § 18 IV; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch § 48 II; Söllner § 32; Erman-Küchenhoff § 615 Rz 4; Soergel-Schmidt § 295 Rz 1; aA OLG Kassel SeuffA Bd. 60, Nr. 104; Larenz, SR I § 25 I b; einschränkend BAG AP Nr. 31 zu § 615 BGB: das wörtliche Angebot hätte nur entfallen können, wenn der Arbeitgeber "an objektiv vertragswidrigen und unzumutbaren Vertragsbedingungen festgehalten und von vorneherein jede Verhandlung verweigert hätte" - abgelehnt von Blomeyer in der Anm.;

79) BAG GS AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG; LAG Dü BB 62, 678; Soergel-Schmidt § 295 Rz 2 und § 615 Rz 5; MünchKomm-Walchshöfer § 295 Rz 2; Palandt-Heinrichs § 295 Anm. 1; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch § 48 II; Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 615 Rz 10; Enneccerus-Lehmann § 57; Planck-Siber § 295 Anm. 3; offen in BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit; kritisch Stehl AuR 67, 44(49); aA soweit ersicht-

Fraglich ist allerdings, welche Mindestanforderungen an das konkludente wörtliche Angebot zu stellen sind.

a) Protest oder Widerspruch

Rechtsprechung und h.M. verlangen wenigstens einen "erkennbaren Protest"[80], einen "Widerspruch"[81], ein "Bestreiten der Zulässigkeit der Kündigung"[82], einen "deutlichen Widerspruch in Verbindung mit der bisherigen Arbeitsleistung"[83], einen"Protestakt in der Form eines wörtlichen oder jedenfalls irgendwie - z.B. durch Nichtanerkennung der Kündigung - erkennbar werdenden Angebots"[84], daß sich der Arbeitnehmer "gegen die Kündigung wendet"[85].

Nach anderer Ansicht liegt das Angebot des Arbeitnehmers bereits " in der bisherigen Arbeitsleistung des Arbeitnehmers in Verbindung mit der Tatsache, daß er sich mit der Kündigung nicht einverstanden erklärt hat"[86].

---

lich nur Nikisch RdA 67, 241, wonach ein stillschweigendes wörtliches Angebot mit Wortlaut und Zweck des § 295 BGB nicht zu vereinbaren sei;

80) BAG AP Nr. 1 zu § 615 BGB Kurzarbeit; LAG Berlin DB 76, 587; BAG NJW 78, 75;

81) Planck-Siber § 295 Anm. 3; Hueck-Nipperdey Bd. I § 34 III 2; Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 615 Rz 11; Soergel-Wlotzke-Volze § 615 Rz 11; Münch-Komm-Walchshöfer § 295 Rz 2;

82) Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 615 Rz 17;

83) BGH BB 68, 559; Auffarth-Müller § 9 Rz 1;

84) BAG AP Nr. 18 zu 615 BGB;

85) BAG AP Nr. 22 zu § 615 BGB mit zust. Anm. von Hueck; BAG AP Nr. 1 zu § 615 Böswilligkeit; RGRK-Alff § 295 Rz 6;

86) Hueck KSchG § 11 Rz 2 unter Berufung auf RSpr. u. Lit., die aber andere Formulierungen gebrau-

Noch weitergehend soll bereits aus der Fortdauer des Arbeitsverhältnisses und der diesbezüglichen Feststellung im Urteil folgen, daß der Arbeitgeber in Annahmeverzug geraten ist[87].

Nach Schaub genügen Äußerungen wie "wir werden uns noch sprechen", "ich werde klagen", usw.[88]

Hingegen soll nach Hoffmann ein "Einspruch" gegen die ausgesprochene Kündigung kein tatsächliches (!) Angebot darstellen. Es müßten außer dieser Willenserklärung (!) noch besondere Umstände hinzukommen, um den Arbeitgeber in Verzug zu setzen. So z.B. wenn der Arbeitgeber bei der Kündigung dem gekündigten Arbeitnehmer gegenüber ernsthaft erkläre, daß dieser seine Dienste nicht anzubieten brauche, weil er (der Arbeitgeber) nicht annehmen werde[89].

Im Widerspruch des Betriebsratsvorsitzenden gegen die Einführung von Kurzarbeit kann ein wörtliches Angebot aller Arbeitnehmer liegen[90].

Nach Ansicht der h.M. wird der Arbeitgeber durch den Protest oder Widerspruch genügend auf die ihm drohende Gefahr, den Lohn ohne Arbeit zahlen zu müssen, hingewiesen[91], und zwar selbst dann, wenn gleich-

---

chen und bloße Passivität grundsätzlich nicht genügen lassen;

87) Hueck KSchG § 4 Rz 55 und § 11 Rz 1;

88) Arbeitsrechtshandbuch S. 176;

89) DB 53, 994; eine solche Erklärung des Arbeitgebers dürfte noch seltener sein als ein ausdrückliches Angebot des Arbeitnehmers!

90) BAGE 12, 124 = AP Nr. 1 zu § 615 BGB Kurzarbeit, wo dieser obiter dictum nicht abgedruckt ist; zust. Beitzke SAE 70, 1; idS auch LAG Hamm AP 53 Nr. 241;

91) Hueck Anm. zu RAG ARS 17, 84 (88);

zeitig die Herausgabe der Arbeitspapiere verlangt wird[92]. Der Protest muß für den Arbeitgeber jedoch erkennbar sein, da dieser nicht verpflichtet ist, sich zu erkundigen[93].

b) Erhebung der Kündigungsschutzklage

Bei Fällen rechtswidriger Kündigung liegt ein solcher Protest insbesondere in der Erhebung der Kündigungsschutzklage[94] und in der Einlegung von Rechtsbehelfen[95].

Kritiker der h.M. weisen darauf hin, daß der Arbeitnehmer gar nicht arbeiten will, solange die nach seiner Ansicht unberechtigte Entlassung in der Welt ist. Sein Widerspruch gegen die Kündigung sei deshalb kein Angebot seiner Dienste, sondern bloßer Protest[96]. In der Regel mache er sich keine Gedanken über seine Leistungsbereitschaft und wolle sie deshalb mit der Klageerhebung auch nicht zum Ausdruck bringen. Die Konstruktion des BAG basiere letztlich auf einer Fiktion, d.h. auf einem juristischen Kunstgriff, der der Wirklichkeit nicht entspreche[97].

---

92) Schaub AR-Blattei Annahmeverzug B I 2;

93) RAG ARS 17,318(321) für eine Beschwerde zur HFS;

94) So die h.M., RAG ARS 17, 84 (86); BAG AP Nr. 20, 23,26,30 zu § 615 BGB; BAG AP Nr. 57 zu § 4 TVG Ausschlußfristen; BAG AP Nr.5 zu § 102 BetrVG mit zust. Anm. Herschel; LAG Berlin DB 76,587; LAG Berlin AP Nr.4 zu § 615 BGB; LAG By ARSt 78,128; LAG Dü BB 62,678; Nipperdey-Mohnen-Neumann § 615 Rz 11,17; Erman-Küchenhoff §615 Rz 4; Soergel-Wlotzke-Volze § 615 Rz 5; Hueck-Nipperdey Bd.I § 34 III 2; MünchKomm-Walchshöfer § 295 Rz 2; RGRK-Alff § 295 Rz 6;

95) BAG NJW 78,75 für den Fall des Widerspruchs gegen die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats durch das Arbeitsgericht;

c) Ausnahme bei Arbeitsunfähigkeit

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß in der Erhebung der Kündigungsschutzklage das wörtliche Angebot der Arbeitsleistung liege, machen das BAG und ihm folgend die h.M. für den Fall, daß der Arbeitnehmer in der Klage selbst vorträgt, krank zu sein, weil der Arbeitgeber dann wegen § 297 BGB nicht in Verzug kommen könne. Dann bedürfe es nach seiner Wiedergenesung eines erneuten wörtlichen Angebots[98].

Nach der Rechtsprechung genügt es für eine solche Ausnahme jedoch nicht, daß der Arbeitnehmer gleichzeitig auf Feststellung der Berufs- bzw. Erwerbsunfähigkeit klagt, weil er dadurch lediglich Zweifel an seiner Leistungsfähigkeit zum Ausdruck bringe[99].

Im Fall BAG AP Nr. 31 zu § 615 BGB hatte ein Reisender die fristlose Kündigung seitens der beklagten Firma vom 11.12.72 mit einem ärztlichen Attest vom gleichen Tage beantwortet, in dem ihm Arbeitsunfähigkeit bis 22.12.72 bescheinigt wurde. Der Reisende meldete sich nicht mehr bei der Firma und verlangte Gehaltszahlung bis 31.3.73. Da der Gehaltsanspruch für die Zeit der Krankheit bereits aus § 63 HGB zugesprochen war, hatte das BAG nur noch über den Restanspruch ab 23.12.72 aus § 615 BGB zu entscheiden. In dem Urteil wird ausgeführt, daß der Arbeitgeber wegen der Folgen ein berechtigtes Interesse daran

---

96) Stehl AuR 67, 45;

97) Blomeyer Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu § 615 BGB;

98) BAG AP Nr. 26 u.31 zu § 615 BGB mit zust. Anm. von Blomeyer; Schaub Arbeitsrechtshandbuch § 48 II 3; Staudinger-Löwisch § 295 Rz 10: bei Mitteilung der Erkrankung vor oder in der Kündigungsschutzklage; Palandt-Putzo § 615 Anm. 2c; MünchKomm-Walchshöfer § 295 Rz 2;

99) BAG AP Nr. 27 zu § 615 BGB;

habe, zu erfahren, von wann an der Arbeitnehmer wieder arbeitsfähig ist und ob dieser alsdann seine Dienste anbiete. Damit werde nichts Unbilliges verlangt; vor allem nach den infolge einmonatiger Erkrankung veränderten Verhältnissen sei dem Kläger die geringe Mühe zuzumuten, seine Wiederherstellung und damit seine Arbeitsbereitschaft anzuzeigen. Bereits in der Anzeige über das Ende der Arbeitsunfähigkeit könne u.U. ein Angebot der Dienste gesehen werden[100].

d) Stellungnahme

aa) Zu den Formerfordernissen allgemein

Nach Nikisch ist es mit Wortlaut und Zweck des § 295 BGB schwerlich zu vereinbaren, daß das wörtliche Angebot auch stillschweigend soll erfolgen können[101]. Die Möglichkeit eines wörtlichen Angebots durch schlüssiges Verhalten wie Widerspruch, Kündigung etc. läßt er dahingestellt und geht im übrigen nicht weiter auf die Frage ein.

Zu Recht bezeichnen es Erman-Battes als abwegig, wegen des Wortlautes "wörtlich" ein gesprochenes, mündliches, ausdrückliches Angebot zu verlangen[102]. Vielmehr muß "wörtlich" im Zusammenhang mit "tatsächlich" in § 294 BGB gesehen werden. Verlangt dieses vom Arbeitnehmer, daß er persönlich an der Arbeitsstelle erscheint und zur Arbeitsleistung bereit ist[103], so

---

100) Ebenso BAG AP Nr. 1 zu § 10 MuSchG für die Mitteilung des Ergebnisses der vertrauensärztlichen Untersuchung und dem Hinweis, jetzt leichte Arbeiten verrichten zu dürfen; Staudinger-Löwisch § 295 Rz 10;

101) RdA 67, 241 unter Verweis auf BAG AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG;

102) Erman-Battes § 295 Rz 4;

kann jenes nur bedeuten, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber in irgendeiner Form klarmachen muß, daß er trotz der erfolgten Ablehnung zur Leistung bereit ist.
Soweit Formfreiheit besteht, sind im bürgerlichen Recht seit jeher bestimmte Verhaltensweisen, die zwar keinen unmittelbaren Erklärungswert besitzen, deren Bedeutung sich aber unter Berücksichtigung der Begleitumstände mittelbar erschließen läßt, als den ausdrücklichen Erklärungen gleichwertig behandelt worden[104]. Nur ausnahmsweise verlangt das Gesetz eine ausdrückliche Erklärung, z.B. in §§ 22 Abs. 1, 48 Abs. 1 HGB.

Im Bereich des bürgerlichen Rechts kann es somit als die Regel angesehen werden, daß Willenserklärungen durch schlüssiges Verhalten bzw. stillschweigend abgegeben werden können. Es ist nicht ersichtlich, warum für das wörtliche Angebot etwas anderes gelten sollte.

Schließlich erscheint die h.M. auch deswegen konsequent, weil ja auch umgekehrt in der Anordnung von Kurzarbeit, in der Kündigung, oder in der sonstigen Verweisung vom Arbeitsplatz etc. die konkludente Erklärung des Arbeitgebers gesehen wird, daß er die Leistung auch zukünftig nicht annehmen werde[105],

---

103) Für viele Schaub Arbeitsrechtshandbuch § 48 und Hoffmann DB 53, 994;

104) Staudinger-Coing Rz 3ff vor § 116; Soergel-Hefermehl Rz 31 vor § 116; Erman-Westermann Rz 2 vor § 116: Art der Äußerung grundsätzlich gleichgültig, d.h. jede Art der Willenskundgebung genügt, sofern sie nur für den Empfänger verständlich ist; § 72 des 1.Entwurfs enthielt sogar eine entsprechende Bestimmung, die wegen ihres lehrbuchhaften Charakters gestrichen wurde, vgl. Staudinger-Coing Rz 3c vor § 116;

105) Vgl. oben S. 18 und Fn. 61, 62;

und weil das Gesetz selbst in § 295 S. 2 BGB einen besonderen Fall des konkludenten wörtlichen Angebots regelt[106].

Mit der h.M. ist deshalb davon auszugehen, daß das wörtliche Angebot auch konkludent erfolgen kann, so daß jeder Widerspruch oder Protest und insbesondere die Erhebung der Kündigungsschutzklage als stillschweigendes wörtliches Angebot aufzufassen sind.

bb) Zum Einwand nach §§ 9 ff KSchG

Gelegentlich wird die Angebotsqualität der Kündigungsschutzklage mit dem Argument in Frage gestellt, daß mit ihr gleichzeitig die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gem. §§ 9 ff KSchG verlangt werden kann.
§§ 9 ff KSchG enthalten aber nur die Möglichkeit eines "uneigentlichen Eventualantrags"[106a], mit dem der Arbeitnehmer eine richterliche Vertragsgestaltung erstrebt. Nur wenn dem Auflösungsantrag entsprochen wird, entfallen mit der Rechtskraft des Urteils rückwirkend zum Zeitpunkt der Auflösung die Verzugsvoraussetzungen, weil Annahmeverzug nur möglich ist, solange ein Arbeitsverhältnis besteht[107].

---

106) Der jedoch im arbeitsrechtlichen Bereich praktisch keine Rolle spielt, da jede derartige Aufforderung auch ein konkludentes wörtliches Angebot enthält; anders wohl außerhalb des Arbeitsrechts, wo z.B. streitig ist, ob eine bloße Mitteilung, die Sache sei abholbereit oder der vereinbarte Unterricht werde dann und dann beginnen, für eine Aufforderung iSv § 295 S. 2 BGB ausreicht, vgl. Leonhard aaO S. 574 und Larenz, SR I § 25 I b;

106a) Schaub AR-Blattei Annahmeverzug F II; BAG AP Nr. 22 zu § 615 BGB; zum Begriff Stein-Jonas-Schumann-Leipold aaO § 260 II B 3;

107) BAG AP Nr. 22 zu § 615 BGB; BAG AP Nr. 17 und 18 zu § 3 KSchG 1951; BAG AP Nr. 11 zu § 13 KSchG 1951; Schaub AR-Blattei Annahmeverzug F II;

Stellt das Arbeitsgericht hingegen durch Urteil fest, daß das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst ist, so bleibt es bei dem durch die Klageerhebung eingetretenen Annahmeverzug, d.h. der Arbeitnehmer muß nicht erneut anbieten, sondern der Arbeitgeber muß ihn zur Arbeit auffordern, wenn er den Annahmeverzug beenden will[108].

Nimmt man mit dem hier erörterten Einwand an, daß die Stellung des Auflösungsantrages nach § 9 KSchG die Kündigungsschutzklage des normalerweise darin enthaltenen wörtlichen Angebots entkleidet, so wäre der Arbeitnehmer gezwungen, den Auflösungsantrag möglichst spät (also z.B. noch in der Berufungsinstanz, § 9 Abs. 1 S. 3 KSchG) zu stellen, um nicht den Lohnanspruch für die Zwischenzeit zu verlieren. Das widerspräche der zivilprozessualen Beschleunigungsmaxime.

Die genannte Auslegung des Auflösungsantrages ist aber vor allem deshalb abzulehnen, weil sie die Ausübung des in § 9 KSchG gewährten Eventualantragsrechts mit dem Verlust des Anspruchs aus § 615 BGB bestraft, falls nicht ausnahmsweise neben der Erhebung der Kündigungsschutzklage ein gesondertes wörtliches Angebot seitens des Arbeitnehmers erfolgte.

cc) Zur Ausnahme bei Arbeitsunfähigkeit

Zweifelhaft hingegen erscheint die von BAG und h.M. gemachte Ausnahme für den Fall der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zur Zeit der Erhebung der Kündigungsschutzklage (oben S. 28). Diese Ausnahme belastet den Arbeitnehmer zunächst nicht, da er seine Bezüge idR über § 1 LFZG erhält. Nach Ende der Krankheit aber muß er trotz bereits laufendem Kündigungsschutzprozeß dem Arbeitgeber seine Arbeitsleistung anbieten, wenn er den Anspruch aus § 615 BGB erhalten will.

---

108) LAG Dü BB 62, 678; Schaub AR-Blattei Annahmeverzug F II 2;

Unbestreitbar war der Arbeitnehmer in den vom BAG entschiedenen Fällen zur Zeit des Angebots, also der Klageerhebung, außerstande, die Leistung zu bewirken, § 297 BGB.

Andererseits beinhaltet die Klage im Gegensatz zu einem verbalen oder schriftlichen einen andauernden Protest, der nur bei einer Klagerücknahme aufgegeben wird. Unabhängig von der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ist also für den Arbeitgeber jedenfalls ständig ersichtlich, daß der Arbeitnehmer mit der Kündigung nicht einverstanden ist und weiterarbeiten will. Unsicher ist allenfalls, wann er weiterarbeiten kann.

Um den Arbeitgeber dieser Unsicherheit zu entheben, verlangt das BAG, daß der Arbeitnehmer "durch ein besonderes wörtliches Angebot seine Arbeitsbereitschaft anzeigt"[109]. Meistens werde er das Leistungsangebot mit der Anzeige über das Ende der Arbeitsunfähigkeit verbinden können, die nach den Vorschriften über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall ohnehin zu machen sei. Je nach den Umständen des Falles könne in einer solchen Anzeige auch ein Angebot der Dienste gesehen werden[110]. Nach Meinung Blomeyers könnte man von einer Anzeige der Leistungsbereitschaft nur dann absehen, wenn das Ende der Krankheit "eindeutig auf den Tag genau vorhersehbar wäre", was aber bei aller Bewunderung für den Fortschritt der Medizin nicht zu erhoffen sei[111].

---

109) BAG AP Nr. 26 und 31 zu § 615 BGB;
110) BAG AP Nr. 31 zu § 615 BGB;
111) Blomeyer Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu § 615 BGB;

Diese Argumentation begegnet größten Bedenken. Nach § 3 Abs. 1 S. 1 LFZG muß bereits die erste Anzeige der Arbeitsunfähigkeit Angaben über deren voraussichtliche Dauer enthalten. Das entsprechende Formblatt ist demgemäß gestaltet[112].

Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als in dem ärztlichen Attest angegeben, so ist eine neue Bescheinigung vorzulegen[113].

Legt der Arbeitnehmer keine neue ärztliche Bescheinigung vor, so kann und darf der Arbeitgeber davon ausgehen, daß der Arbeitnehmer mit Ablauf des ursprünglichen Attestes wieder arbeitsfähig ist und hat dementsprechend nach § 5 Nr. 1 LFZG ein Leistungsverweigerungsrecht im Hinblick auf die durch Krankheit ausgelöste Lohnfortzahlungspflicht.

Das Argument von Rechtsprechung und h.M., der Arbeitgeber habe ein berechtigtes Interesse, durch einen besonderen Hinweis vom Ende der Arbeitsunfähigkeit zu erfahren, liegt also schief, da er dieses in aller Regel bereits aus dem ersten bzw. den nachfolgenden ärztlichen Attesten entnehmen kann. Die Behauptung des BAG, nach den Vorschriften über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall sei eine Anzeige über das Ende der Arbeitsunfähigkeit zu machen[114], ist in dieser Allgemeinheit unrichtig, da bereits die ordnungsgemäße Krankheitsmeldung Angaben über deren Ende enthält.

---

112) Schaub Arbeitsrechtshandbuch § 98 VI 2;

113) Schaub aaO: eine gesetzliche Frist ist hierfür nicht normiert, es ist aber ebenso wie bei Beginn der Krankheit von einer dreitägigen Frist nach Ablauf der vorherigen Attestierung auszugehen;

114) BAG AP Nr. 31 zu § 615 BGB;

Betrachtet man das laufende Kündigungsschutzverfahren als andauernden Protest gegen die Kündigung und damit als ständiges konkludentes Angebot, so würde dieses mit Ablauf der im Attest angegebenen Arbeitsunfähigkeitszeit wirksam und der Anspruch aus § 615 BGB ausgelöst.

Vom Standpunkt der h.M. erschiene diese Konsequenz auch deshalb zwingend, weil sie umgekehrt wegen der gegenseitigen Ausschließlichkeit von Annahmeverzug und Unmöglichkeit (vgl. dazu eingehend unten S. 86 ff) ersteren automatisch entfallen läßt, sobald das früher wirksam erklärte Leistungsangebot durch nachträgliches Unvermögen oder mangelnde Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers gegenstandslos wird[115]. Es liegt deshalb auf der Hand, den Annahmeverzug auch automatisch wieder eintreten zu lassen, sobald das Unvermögen endet, falls nur weiterhin ein wörtliches Angebot vorliegt.

---

115) BAG AP Nr. 20 zu § 615 BGB m.w.N. u. zweifelnder Anm. von Zöllner; LAG Bremen AuR 64, 222; Walchshöfer Anm. zu BAG APNr. 30 zu § 615 BGB; Beuthien Zweckerreichung S. 248; Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 615 Rz 6; Schaub Arbeitsrechtshandbuch § 48 II 3: "war die Verpflichtung zur Arbeitsleistung infolge einer Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers unterbrochen, so bedarf es eines neuen wörtlichen Angebots"; Trappe aaO S. 369; Staudinger-Löwisch § 297 Rz 13,14; a.A. soweit ersichtlich nur BAG AP Nr. 27 zu § 615 BGB: "Wird der Arbeitnehmer alsbald wieder arbeitsunfähig, so verliert damit das Arbeitsangebot die den Gläubigerverzug auslösende Wirkung ebensowenig wie dann, wenn die fortdauernde Arbeitsunfähigkeit sich so wie im Streitfall erweist".M.E. ist äußerst fraglich, ob das BAG so argumentiert hätte, wenn es gesehen hätte, daß damit die Aufgabe der Trennung zwischen Verzug und Unmöglichkeit ausgesprochen und die bis dahin h.M.verlassen wurde. Bezeichnend ist das Fehlen jeglicher Begründung für diese völlig isoliert dastehende neue Argumentation. Die Entscheidung kann deshalb keines-

Zu welch eigenartigen Ergebnissen die vom BAG gemachte Ausnahme führen kann, möge folgendes Beispiel zeigen:

Wird ein Arbeitnehmer nach Erhebung der Kündigungsschutzklage, also nach Beginn des Annahmeverzugs krank, verreist er oder tritt er eine Haftstrafe an, und sei es nur für einen Tag, so endet wegen seines Unvermögens nach h.M.[115)] der Annahmeverzug. Da nach h.M. der Arbeitnehmer das Ende der Arbeitsunfähigkeit besonders anzeigen muß[109)], verliert er seinen Anspruch aus § 615 BGB, ohne daß der Arbeitgeber auch nur erfahren hatte, daß eine zwischenzeitliche Unmöglichkeit vorgelegen hatte.

Aus alledem ergibt sich die zwingende Konsequenz, die Erhebung und Betreibung der Kündigungsschutzklage als ständiges wörtliches Angebot der Arbeitsleistung aufzufassen, das zwar während einer Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers wegen § 297 BGB nicht zum Annahmeverzug führen kann, wohl aber automatisch nach deren Ende.

dd) Zu einer Gegenausnahme des BAG

In Bag AP Nr. 31 zu § 615 BGB erwägt das BAG eine Gegenausnahme zum Erfordernis eines besonderen wörtlichen Angebots nach Ende der Arbeitsunfähigkeit, "wenn der Arbeitgeber an objektiv vertragswidrigen und unzumutbaren Vertragsbedingungen festgehalten und hierüber von vorneherein jede Verhandlung verweigert hätte". Zu Recht fragt Blomeyer in der Anm.,

---

falls als bewußte Änderung der Rechtsprechung, sondern allenfalls als Billigkeitsentscheidung im Einzelfall verstanden werden.

aus welchem Grund hier das nach Meinung des BAG ansonsten bestehende Interesse des Arbeitgebers nicht mehr berechtigt sein soll, den Zeitpunkt der Entstehung des Lohnanspruches zu erfahren.

Daneben klingt in der Entscheidung die Möglichkeit an, danach zu differenzieren, ob die Verweigerung der Leistungsannahme nur "einfach" oder "bestimmt und endgültig", "ernsthaft und unzweideutig" erklärt wurde. Da das BGB keine verschiedenen Grade der Ernsthaftigkeit kennt, ist eine derartige Unterscheidung unzulässig.

ee) Zum Rückwirkungsproblem

Neben diesen eher periphären Ungereimtheiten läßt die h.M. unbeantwortet, auf welchen Zeitpunkt das im Protest bzw. in der Kündigungsschutzklage liegende Angebot zu beziehen ist, d.h. ob z.B. eine zwei Wochen nach der fristlosen Entlassung zugestellte Klage einen Anspruch aus § 615 BGB auch für diese zwei Wochen begründet ("Rückwirkungsproblem").

Rechtsprechung und Lehre haben dieser Frage bisher wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Die Praxis der Gerichte scheint das Problem bewußt oder unbewußt zu übergehen und nimmt überwiegend Annahmeverzug ab Kündigung, d.h. Rückwirkung an[116].

Hingegen tritt nach einem neueren Urteil des LAG Berlin[117] Annahmeverzug erst mit der Zustellung der

---

116) BGH BB 68, 559; LAG Dü DB 67, 512; BAG AP Nr.23 zu § 615 läßt Klage vom 13.3. unausgesprochen auf den 12.3. zurückwirken; Blomeyer Anm. AP Nr. 31 zu § 615 BGB;

117) DB 76, 587;

Kündigungsschutzklage ein, da §§ 496, 261 Abs. 2 a.F. ZPO (jetzt §§ 496, 270 Abs. 3 ZPO) wegen der Möglichkeit des Arbeitnehmers, die Rechte auch außergerichtlich geltend zu machen, nicht anwendbar seien[118].

Ein indirekter Hinweis auf das Rückwirkungsproblem findet sich in BAG AP Nr. 23 zu § 615 BGB. Bereits in einer Entscheidung von 1961 stellte das BAG in einem obiter dictum fest, daß Verzugszinsen immer nur für die Zukunft eintreten könnten[119]. In einer neueren Entscheidung läßt das BAG die Frage ausdrücklich offen und gibt damit zu erkennen, daß es Rückwirkung jedenfalls nicht für selbstverständlich hält[120].

Soweit die Literatur das Problem erkennt und anspricht, lehnt sie Rückwirkung der Klageerhebung überwiegend ab[121]. Nach Meinung Blomeyers müßte das BAG für die Zeit von der fristlosen Kündigung bis zur Erhebung der Klage den Anspruch aus § 615 BGB versagen, was leider bisher nicht geschehen sei. Eine Rückwirkung der fingierten Leistungsbereitschaftserklärung auf den Tag nach der außerordentlichen Kündigung sei rechtlich nicht zu begründen[122].Würde der Lohnanspruch aber erst ab Erhebung

---

118) Unter Berufung auf BAG DB 70, 260;

119) BAG AP Nr. 1 zu § 615 Kurzarbeit = BAGE 12, 124; (unterschiedliche Wiedergabe!)

120) BAG NJW 78, 75;

121) Stehl AuR 67, 47; Schroeder aaO S. 153; Adomeit aaO S. 29 u. 67: Protest kann mit Wirkung für die Zukunft nachgeholt werden; a.A. wohl Hueck KSchG § 11 Rz 1 und Grüll aaO D III 3;

122) Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu § 615 BGB;

der Kündigungsschutzklage gegeben, so würde der Arbeitnehmer gezwungen, seine Klage möglichst bald zu erheben und ihm damit praktisch die Überlegungsfrist des Kündigungsschutzgesetzes genommen. Das zeige die Ungereimtheit der BAG-Auffassung[123].

Nicht überzeugend ist die Schlußfolgerung Blomeyers, dem Arbeitnehmer würde bei konsequenter Fortführung der BAG-RSpr. und mangelnder Rückwirkung die Überlegungsfrist des § 4 (u.U. iVm § 13) KSchG genommen, denn der Arbeitnehmer kann seine Leistung ja auch anders als durch Klageerhebung anbieten.

Unabhängig von der Streitfrage, ob das wörtliche Angebot Willenserklärung oder nur geschäftsähnliche Handlung ist (vgl. oben S. 21 ff), gibt es keinen Grund, warum es rückwirkende Kraft haben sollte.

Rechtsfolgen kraft eines erklärten Willens treten grundsätzlich mit der Willensäußerung ein. Dasselbe gilt für die Anknüpfung von Rechtsfolgen an tatsächliche Handlungen, an Realakte. Nur ausnahmsweise ordnet das Gesetz Rückwirkung an, z.B. in §§ 142, 159 BGB, §§ 270 Abs. 3 ZPO. Da eine solche Ausnahme nicht ersichtlich ist, muß es für § 295 BGB bei der allgemeinen Regel bleiben.

---

123) Anm. zu BAG AP Nr. 26 zu § 615 BGB;

e) Zusammenfassung und Zwischenergebnis

Die h.M. nimmt zu Recht an, daß das wörtliche Angebot auch konkludent erfolgen kann und jeder erkennbare Protest genügt.
In der Erhebung und Betreibung der Kündigungsschutzklage liegt entgegen der h.M. ein fortdauerndes wörtliches Angebot, das für die Zeit einer Arbeitsunfähigkeit lediglich unterbrochen wird, danach aber wieder auflebt.
Die Stellung des Auflösungsantrages nach § 9 KSchG nimmt der Kündigungsschutzklage nach allgemeiner Meinung nicht die Angebotsqualität.
Der hier dargestellte Lösungsweg führt zum Entfallen des Lohnanspruchs aus § 615 BGB, wenn der Arbeitnehmer sich rein passiv verhält und deshalb auch kein konkludentes wörtliches Angebot konstruiert werden kann.
Wegen des Rückwirkungsproblems geht der Anspruch ferner für die Zeit zwischen Nichtannahme der Leistung und wörtlichem Angebot verloren.
Strenges Haften am Wortlaut des § 295 S. 1 BGB bei weiter Auslegung des Begriffs "wörtliches Angebot" führt deshalb nicht zu befriedigenden Ergebnissen.

2) Bisherige Erbringung der Dienste als stillschweigendes Angebot zukünftiger Dienstleistungen

Um dem Arbeitnehmer auch dann noch den Anspruch aus § 615 BGB zu erhalten, wenn kein "erkennbarer Protest" o.ä. erfolgt ist, wird teilweise die bisherige Erbringung der Dienste als das stillschweigende Angebot zukünftiger Dienstleistungen aufgefaßt[124].

---

124) Palandt-Putzo § 615 Anm. 2 für Ausnahmefälle, nicht schon bei unberechtigter Kündigung, unter Berufung auf BAG AP Nr. 13 zu § 615 BGB Betriebsrisiko, auf BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit, wo offen gelassen und über § 296 BGB gelöst wird (vgl. unten S. 59 ff) und auf BAG NJW 78, 72, eine Entscheidung, die eher auf § 242 BGB rekurriert; BAG GS AP Nr. 5 zu § 9 KuSchG: Voraussetzung sei allerdings, daß der Arbeitnehmer ausdrücklich oder schlüssig

a) Arbeitsverhältnis nicht unterbrochen

Nach einer beachtlichen Zahl von Urteilen und einem erheblichen Teil der Literatur soll das jedenfalls

---

zu erkennen gibt, er erkenne die Kündigung nicht an, mit zust. Anm. Hueck; ArbG Bamberg ARSt 76, 24; LAG Hamm AP 53 Nr. 241: durch Arbeit bis zum Entlassungstag habe der Kläger zu erkennen gegeben, daß er auch zur Weiterarbeit bereit gewesen wäre. Zusätzlich wird auf Gegenvorstellungen des Betriebsrates und auf die mangelnde Aussicht abgestellt, den Willen des Arbeitgebers zu ändern(dieser litt unter Auftragsmangel); Staudinger-Löwisch § 295 Rz 10: grundsätzlich liege in der bisherigen Erfüllung des Dauerschuldverhältnisses die Erklärung des Schuldners, seine Leistungen auch weiterhin und ungeachtet einer Ablehnung oder eines Unterlassens einer Mitwirkungshandlung zu erbringen;
ablehnend BAG AP Nr. 18 zu § 615 BGB; BAG AP Nr. 1 zu § 615 BGB Kurzarbeit; Stehl AuR 67, 46 (49): "Fiktion"; MünchKomm-Walchshöfer § 295 Rz 2; kritisch auch Nikisch RdA 67, 241, da eine unberechtigte fristlose Kündigung, besonders wenn sie unter kränkenden Umständen erfolgt, ein Ereignis sei, das dem Arbeitnehmer ein weiteres Verbleiben an seiner Arbeitsstelle unzumutbar machen könne;
ähnlich in der Konstruktion und gleich im Ergebnis Schaub AR-Blattei Annahmeverzug B I 2b: nach einer vielfach von - nicht genannten - Instanzgerichten vertretenen, aber zu weitgehenden Meinung beinhalte bereits die Aufnahme der Arbeitsleistung bei Beginn des Arbeitsverhältnisses regelmäßig auch für die Zukunft das Angebot weiterer Leistung; ähnlich schon Staub 9.Aufl., § 70 Rz 4 mwN; OLGE 14, 344:"...da ein tatsächliches Angebot zur Leistung der Dienste darin zu erblicken sei, daß der Gehilfe durch den vor der Entlassung erfolgten Antritt der Stellung bereits seine Bereitwilligkeit kundgegeben hat, die Dienste dem gen.Schuldverhältnis gemäß zu leisten
Ablehnend schon damals Lotmar, aaO Bd. II S. 290 Fn. 1:"willkürliche und unzulässige Fiktion";

dann gelten, wenn das Arbeitsverhältnis schon angetreten und nicht unterbrochen war[125].

b) Arbeitsverhältnis unterbrochen

Wurde das Arbeitsverhältnis hingegen "unterbrochen" (zu diesem Begriff vgl. unten S. 44), so soll in der bisherigen Dienstleistung allein noch kein Angebot gesehen werden können, sondern zusätzlich eine Art Protest erforderlich sein[126].

---

125) BAG AP Nr. 13 u. 14 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; BAG AP Nr. 21 zu § 615 BGB; LAG Dü BB 69, 1479 unter Hinweis auf § 242 BGB; LAG Kiel AP Nr. 3 zu MuSchG:"Während eines laufenden Arbeitsverhältnisses ist aber das Angebot weiterer Arbeitsleistung ohne weiteres enthalten,so daß es einer besonderen Erklärung nicht mehr bedarf"; wohl auch RAG ARS 21, 162; LAG Frankfurt RdA 49, 36:"...feststehende Rechtsprechung, daß der fristlos gekündigte Arbeitnehmer nicht seinerseits seine Dienste anbieten muß, nachdem ihm unberechtigt gekündigt und die Dienstleistung untersagt worden ist"; Hueck-Nipperdey Bd.I, § 34 III 2; Hueck Anm. zu RAG ARS 19, 225 (227); Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 615 Rz 10; Neumann-Duesberg Anm. zu LAG Dü AP 50 Nr. 97; Schaub AR-Blattei Annahmeverzug F I 1, 2 für fristlose Entlassung und für Kündigung entgegen bestehendem Kündigungsverbot; Soergel-Wlotzke-Volze § 615 Rz 5: "In den Fällen, in denen der Dienstberechtigte ohne den Dienstpflichtigen fristlos zu entlassen, die Annahme der Arbeit verweigert, z. B. er läßt den Dienstpflichtigen unberechtigt einige Tage "feiern", ist u.U. schon in der bisherigen Arbeitsleistung das Angebot weiterer Arbeitsleistungen enthalten, so daß es einer besonderen Erklärung nicht bedarf";

126) BAG AP Nr. 13 u. 14 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; BAG AP Nr. 20 zu § 615 BGB; Hueck-Nipperdey Bd.I, § 34 III 2; Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 615 Rz 10:erneutes Angebot u.U. jedoch nach Benachrichtigung des Arbeitgebers vom Wegfall des Unterbrechungsgrundes erforderlich unter Berufung auf LAG Dü BB 55, 66; Schaub AR-Blattei Annahmeverzug F I: besondere Erklärung sei dagegen notwendig,

c) Stellungnahme

aa) Zum Lösungsansatz allgemein

Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm vorher erklärt hat, die Leistung nicht annehmen zu wollen (vgl. oben S. 19). Das wörtliche Angebot des Schuldners muß also nach der Ablehnungserklärung erfolgen[127]. Unzulässig ist es deshalb, dem vor der Ablehnung des Gläubigers gesetzten Erklärungstatbestand "bisherige Erbringung der Dienste" Bedeutung beizumessen für ein nachher gefordertes Verhalten des Schuldners[128].

Die Behauptung, in der bisherigen Erbringung der Dienste liege das konkludente Angebot künftiger Arbeitsleistung, führt dazu, daß das Vorliegen einer

---

wenn eine Unterbrechung der Arbeitsleistung vorausgegangen oder die Kündigung in einer solchen Form erfolgt sei, daß nicht jeder Widerspruch zwecklos erscheine, unter fälschlicher Berufung auf BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Böswilligkeit; Schroeder aaO S. 155; wohl auch Soergel-Wlotzke-Volze § 615 Rz 5, der zwischen Entlassung und Nichtentlassung differenziert und sich auf BAG AP Nr. 18 zu § 615 BGB beruft; Staudinger-Löwisch § 295 Rz 10: bei jeder unberechtigten Kündigung bleibe zunächst offen, ob der Schuldner sie akzeptieren werde oder nicht, deshalb sei hier zusätzlich zu verlangen, "daß der Schuldner in irgendeiner Form gegen die Kündigung protestiert";

127) BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit;

128) So wohl auch Nikisch RdA 67, 241 und Stehl AuR 67, 49; Problem gesehen von ArbG Bamberg ARSt 76, 24, das dann aber weiter ausführt:"da diese gesetzliche Regelung vor allem auf dem Gebiet des Arbeitsrechts nicht voll zu befriedigen vermag, weil im Normalfall das Angebot der Arbeitsleistung gegen die Ablehnung derselben durch den Arbeitgeber nur eine Form sache darstellt, von deren Erfüllung der Gläubigerverzug abhängig ist, ist in der bisherigen Arbeitsleistung zugleich auch das Angebot zukünftiger Leistung zu erblicken"; erstaunlich BAG AP Nr. 22 zu § 615 BGB, das eine Erklärung der Dienstbereitschaft vom 19.8. als wörtliches Angebot auf eine am 23.8. erklärte fristlose Kündigung wertet; ablehnend Schaub, AR-Blattei Annahmeverzug B I 2 b;

Willenserklärung (bzw. einer geschäftsähnlichen Handlung, vgl. S. 21) schon angenommen werden muß, bevor das Ereignis, auf das hin die Willensbildung erst stattfinden soll (die Ablehnungserklärung), überhaupt eingetreten ist[129].

bb) Zur Differenzierung nach unterbrochenem und nicht unterbrochenem Arbeitsverhältnis allgemein

Neben diesen grundsätzlichen Einwänden gegen den hier erörterten Lösungsansatz erscheint auch die Unterscheidung danach, ob das Arbeitsverhältnis unterbrochen wurde oder nicht, wenig einleuchtend, denn für die Frage, welcher Erklärungswert einem bestimmten, über einen gewissen Zeitraum geübten Verhalten (der Erbringung der Arbeitsleistung) beizumessen ist, kann es doch nicht auf ein später eintretendes Ereignis (die Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses) ankommen.

cc) Zum Unterscheidungskriterium "Unterbrechung"

Bei der von den genannten Entscheidungen und Autoren vorgenommenen Differenzierung bleibt ferner unklar, wann das Arbeitsverhältnis unterbrochen und damit zusätzlich zur bisherigen Erbringung der Dienstleistung ein "erkennbarer Protest" erforderlich sein soll.

---

129) idS Blomeyer Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu § 615 BGB: der Gläubiger käme schon zu einer Zeit in Annahmeverzug, zu der er sich zur Leistungserklärung des Schuldners noch gar nicht geäußert hat, was im Interesse des Gläubigers nicht zu rechtfertigen sei. Deshalb sei ein wörtliches Angebot vor der Erklärung des Arbeitgebers, die Leistung nicht annehmen zu wollen, rechtlich ohne jede Bedeutung;

Überwiegend wird wohl angenommen, daß jedenfalls eine fristlose Kündigung das Arbeitsverhältnis unterbricht[130], ebenso Arbeitsausfall wegen Schlechtwetter am Bau[131] und Krankheit[132], während die unrechtmäßige Anordnung von "Feiertagen" keine Unterbrechung zur Folge haben soll[133]. Begründungen für die Annahme oder Ablehnung einer Unterbrechung sind jedenfalls in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich.

Nach dem Wortlaut der §§ 1 Abs. 1 S. 1, 13 Abs. 1 S. 2, 4 S. 1 KSchG ist eine rechtswidrige Kündigung - gleich ob sozialwidrig oder fristlos ohne wichtigen Grund - von Anfang an rechtsunwirksam und kann deshalb das Arbeitsverhältnis nicht unterbrechen. Klagt der Arbeitnehmer nicht auf Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, so wird die rechtsunwirksame Kündigung rückwirkend geheilt[134].

---

130) LAG Frankfurt RdA 49, 36; aA Schaub AR-Blattei Annahmeverzug F I 1;

131) Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 615 Rz 10; LAG Dü BB 55, 66;

132) KG OLGE 17, 409;

133) BAG AP Nr. 13 u. 14 zu § 615 BGB Betriebsrisiko;

134) Hanau-Adomeit aaO K I 4; Nikisch Bd.I S. 696; BAG BB 62, 373; BAG AP Nr. 18 zu § 615 BGB; Hueck, KSchG § 11 Rz 1; nur nach einer heute kaum mehr vertretenen Mindermeinung ist eine rechtswidrige Kündigung nicht schlechthin nichtig, sondern nur schwebend unwirksam, so daß eine Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung als möglich erschiene, vgl. Molitor, Die Kündigung S. 232; Rohlfing-Rehwolle aaO § 1 Anm. 16; Larenz SAE 60, 81; Bötticher RdA 51, 83;

Nach dem eindeutigen Wortlaut der §§ 1 Abs. 1 S. 1, 13 Abs. 1 S. 1, 4 S. 1 KSchG und der im Kündigungsschutzrecht ganz h.M. unterbricht also eine rechtswidrige Kündigung das Arbeitsverhältnis jedenfalls nicht in rechtlicher Hinsicht.

"Unterbrechung" des Arbeitsverhältnisses i.S. der Fn. 125, 126 angegebenen Literatur und Rechtsprechung kann deshalb allenfalls untechnisch, d.h. i.S. einer Unterbrechung lediglich der Pflicht zur Arbeitsleistung verstanden werden[135].

Auch mit dieser Modifizierung aber läßt sich nicht eindeutig feststellen, in welchen Fällen die Pflicht zur Arbeitsleistung "unterbrochen" und neben der bisherigen Dienstleistung ein "erkennbarer Protest" erforderlich sein soll. Fallen nur fristlose Kündigung, Suspendierung und Kurzarbeit darunter oder auch Krankheit, Schlechtwetter, Streik und Aussperrung? Wird die Arbeitspflicht nicht am Ende eines jeden Arbeitstages unterbrochen?

Schon die mangelnde Erfaßbarkeit des Abgrenzungskriteriums "Unterbrechung" zeigt hinlänglich dessen Untauglichkeit.

d) Zusammenfassung und Zwischenergebnis

Aus logischen Gründen kann in der bisherigen Erbringung der Dienste kein Angebot der Leistung auch für die Zukunft gesehen werden, wenn zwischenzeitlich eine Ablehnungserklärung des Arbeitgebers erfolgte.

---

135) So wohl Schaub, Arbeitsrechtshandbuch S. 176 und BAG AP Nr. 26 zu § 615 BGB;

Für die Frage, ob neben der bisherigen Erbringung der Leistung ein "erkennbarer Protest" o.ä. gegen die Ablehnungserklärung erforderlich ist, kann es nicht darauf ankommen, ob das Arbeitsverhältnis oder die Pflicht zur Arbeitsleistung unterbrochen waren.

Eine genaue Erfassung des Kriteriums Unterbrechung ist in diesem Kontext bisher nicht erfolgt und wohl auch nicht möglich. Auch aus diesem Grunde ist eine Abgrenzung danach nicht sinnvoll.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, daß ein Lösungsansatz, der in der bisherigen Erbringung der Dienste das stillschweigende Angebot künftiger Dienstleistungen sieht, weder für sich noch bei Zuhilfenahme des Abgrenzungskriteriums "Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses" haltbar ist.

3) Auslegung des Wortlautes "genügt" i.S.v. "nicht erforderlich" (Larenz)

Nach Larenz[136] besagt § 295 S.1 BGB nur, daß ein wörtliches Angebot in diesen Fällen genügt, nicht aber, daß es unter allen Umständen erforderlich ist[137]. Nicht erforderlich sei das wörtliche Angebot insbesondere dann, wenn dem Schuldner jedes

---

136) Schuldrecht I § 25 I b;

137) Zust. Söllner Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit u. Schnorr v. Carolsfeld Anm. zu BAG AP Nr. 28 zu § 615 BGB: für diese Lösung spreche die "heutige Gepflogenheit, von nicht ersichtlich notwendigen Umständlichkeiten Abstand zu nehmen"; ähnlich OLG Kassel SeuffA Bd.60 Nr. 104: in den Fällen des § 295 S.1 sei auch kein protestartiges Angebot mehr erforderlich, da Verzug ein rein tatsächliches, des Formalcharakters entbehrendes und

weitere auch nur wörtliche Angebot als sinnlos erscheinen müsse. Das sei z.B. der Fall, wenn der Chef seiner Sekretärin mitteile, sie brauche morgen nicht zu kommen, da er verreise und ihre Dienste nicht benötige.

a) Stellungnahme zu dieser Auslegung

"Genügt" in § 295 S.1 BGB bezieht sich nach seiner systematischen Stellung eindeutig auf das grundsätzlich erforderliche tatsächliche Angebot, bedeutet also nur, daß vom Schuldner im Vergleich zu § 294 BGB weniger verlangt wird, nicht aber, daß er auch diese Anforderungen noch unterschreiten darf, denn was genügt, ist das Mindestmaß des Erforderlichen[138].

Der Larenz'schen Auslegung kann deshalb nicht gefolgt werden.

b) Stellungnahme zu der danach notwendigen Erforderlichkeitsbestimmung

Erheblichen Schwierigkeiten begegnet ferner die Feststellung, wann nach der Larenz'schen Lösung das wörtliche Angebot im Einzelfall erforderlich sein soll und wann nicht.

---

keiner formellen Feststellung bedürfendes Verhältnis sei,unter fälschlicher Berufung auf OLG Marienwerder SeuffA Bd.57, Nr. 190, das § 324 BGB anwendet;

138) Rother aaO Anm. zu § 295 BGB; Staudinger-Löwisch § 295 Rz 2; Schaub AR-Blattei Annahmeverzug B I 2b; eindeutig idS auch die Motive zu § 255, S.70, sowie Prot.I S.1234, bei Jakobs-Schubert aaO S.340"...wo jedoch die Entwicklung einer solchen Thätigkeit dem Schuldner durch das Verhalten des Gläubigers versperrt wird, sei mindestens eine besondere Bereitschaftserklärung...nöthig";aA wohl nur

Ob dem Schuldner ein weiteres Angebot als "sinnlos"[139], "zwecklos und unzumutbar"[140] oder "als leere Form"[141] erscheinen muß, ob "offensichtlich ist, daß der Gläubiger auf der Annahmeverweigerung beharren wird"[142], läßt sich letztlich nur nach der Ernsthaftigkeit und Bestimmtheit der Ablehnungserklärung des Gläubigers beurteilen[143].

Eine derartige Unterscheidung nach verschiedenen "Graden der Ernsthaftigkeit" ist dem bürgerlichen Recht fremd. Schon Schenker[144] weist zu Recht darauf hin, die Erwägung, den Gläubiger gegen seine eigenen Launen zu schützen, bedürfe keiner Widerlegung. Ob eine Willenserklärung wie die Ablehnungserklärung des Gläubigers wirksam ist oder nicht, bestimmt sich vielmehr nur und ausschließlich nach den §§ 116 ff BGB.

Die im Anschluß an die Larenz'sche Auslegung geprägten Abgrenzungsformeln halten einer rechtlichen Würdigung deshalb ebenfalls nicht stand.

Schroeder aaO S.144, der § 294 BGB für subsidiär gegenüber §§ 295, 296 BGB hält;

139) Larenz Schuldrecht I § 25 I b;

140) Hueck-Nipperdey S.218;

141) Palandt-Heinrichs § 295 Anm. 4;

142) BAG NJW 69,1734; RG JW 10, 804;

143) Heck § 37 Anm. 8a: "auch die Annahmeverweigerung kann so bestimmt sein, daß sie selbst das Verbalangebot überflüssig macht";

144) aaO S.185;

c) Stellungnahme zum "Sekretärinnenbeispiel"

Bei dem von Larenz gebildeten und viel zitierten Sekretärinnenbeispiel[145] muß zunächst festgestellt werden, ob der Chef den freien Tag auch nicht bezahlen will, was keinesfalls selbstverständlich ist, denn das würde praktisch die Zuweisung eines normalen oder eines unbezahlten Urlaubstages bedeuten, letzterenfalls mit einer entsprechenden Gehaltskürzung für diesen Monat[146].

Wahrscheinlicher ist heute in diesem Falle eine bloße Freistellung von der Arbeitspflicht, eine Suspendierung, die die Lohnzahlungspflicht aus § 611 BGB bestehen läßt[147], u.U. mit der stillschweigenden Abrede, daß wenigstens ein Teil der Zeit durch Überstunden einzuholen ist[148].

Bestehen aber tatsächlich Meinungsverschiedenheiten darüber, ob dieser Tag bezahlt werden soll oder nicht, so ist ein Hinweis der Sekretärin darauf, daß sie den freien Tag nicht wolle und auf Bezahlung bestehe, also ein wörtliches Angebot in Form eines erkennbaren Protestes, alles andere als sinnlos, da es gerade geeignet ist, den Chef auf die Folgen seiner Anordnung aufmerksam zu machen[149].

---

145) Larenz, Schuldrecht I § 25 I b;

146) Sekretärinnen sind Angestellte, vgl. Erman-Küchenhoff Rz 65 vor § 611 BGB;

147) H.M., Blomeyer Anm. zu BAG AP Nr. 25 zu § 615 BGB; Hueck-Nipperdey, Bd. I S. 386; Gumpert BB 61, 834;

148) Blomeyer Anm. zu BAG AP Nr. 25 zu § 615 BGB;

149) IdS für ein "Aussetzen lassen des Arbeiters" Sigel aaO S. 79 Fn. 43;

d) Zusammenfassung und Zwischenergebnis

Die von Larenz befürwortete Auslegung des Wortes "genügt" iSv "nicht unter allen Umständen erforderlich" ist nicht haltbar.

Die in Konsequenz dieser Auslegung notwendigen Abgrenzungsformeln für die Erforderlichkeit des wörtlichen Angebots sind in ihrem Ansatzpunkt systemfremd und deshalb abzulehnen.

Bei dem von Larenz gebildeten Sekretärinnenbeispiel bedarf es eines Angebots in aller Regel schon deshalb nicht, weil der Lohnanspruch direkt aus § 611 BGB erhalten bleibt. Liegt ausnahmsweise eine echte Ablehnungserklärung iSv § 295 S.1 BGB vor, so ist das wörtliche Angebot auch nicht sinnlos.

4) Entbehrlichkeit des Angebots nach Treu und Glauben, § 242 BGB

Vielfach greifen Literatur und Rechtsprechung auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder allgemeine Billigkeitserwägungen zurück.

a) Ältere Rechtsprechung und Literatur

Die reichsgerichtliche Rechtsprechung hielt ein nochmaliges wörtliches Angebot ausnahmsweise für nicht erforderlich, wenn dem Arbeitnehmer durch die Form der Entlassung, z.B. durch Verweisung von

der Arbeitsstätte, eine fernere Dienstleistung überhaupt unmöglich gemacht wurde[150].

Für Fälle von Hausverboten entsprach diese Ansicht auch der h.L.[151], die aber darauf verzichtete, diesen Satz dogmatisch zu untermauern bzw. auch nur mit Normen zu belegen.

Es muß deshalb letztlich offen bleiben, ob Rechtsprechung und Literatur die mangelnde Erforderlichkeit eines wörtlichen Angebots in diesen Fällen aus einer fehlenden Mitwirkungshandlung (§ 296 BGB), aus vom Gläubiger zu vertretender Unmöglichkeit (§ 324 BGB) oder aus einem Rückgriff auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) folgerten. Die Betonung des Ausnahmecharakters dieser Rechtsprechnung legt den Schluß auf die letztgenannte Möglichkeit nahe. Dafür spricht auch eine Entscheidung des RAG für eine fristgemäße Kündigung[152]: Nachdem der Arbeitgeber schon lange vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf die weiteren Dienste des Klägers verzichtet habe, habe man diesem billigerweise nicht zumuten können, sich nochmals zur Arbeit anzubieten.

---

150) RG JW 1909, S.722; RAG ARS 16, 405 (409); 17, 318 (321); 19, 225 (226); RG DJZ 21, 561 gewährt bei Unzumutbarkeit wegen wiederholter Beleidigung ein Leistungsverweigerungsrecht; ähnlich RAG ARS 23, 114;

151) Dersch Anm. zu ARS 17, 318 (322); Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht S.188; Hueck-Nipperdey Bd.I S.164; Oertmann, 5.Aufl., § 615 Anm. 2c: falls der Gläubiger über die Annahmeverweigerung hinaus versucht habe, das ganze Schuldverhältnis aufzuheben;

152) RAG ARS 15, 90 (92);

b) Neuere Literatur

Die neuere Literatur betont, daß es über die in §§ 295 ff BGB gewährten Erleichterungen hinaus Fälle gebe, in denen jedes Angebot seitens des Leistungsverpflichteten als "sinnlos"[153] erscheinen müsse. Im Arbeitsleben könne sich das dahin steigern, daß das Angebot für den Arbeitnehmer "untunlich oder eine leere Form"[154], "reiner Leerlauf und schwerlich mit der personalen Würde des Arbeitnehmers vereinbar"[155], "zwecklos und nicht zumutbar"[156] sei.

Söllner[157] bezeichnet es als "übertriebenen Formalismus", vom Arbeitnehmer auch dann noch ein tatsächliches oder wörtliches Angebot seiner Dienste zu verlangen, wenn der Arbeitgeber sich bereits "ernsthaft und endgültig" (wie z.B. bei einer Betriebsstillegung) geweigert hat, die Dienste entgegenzunehmen[158].

---

153) Larenz,Schuldrecht I § 25 I b;

154) Heck aaO S. 113;

155) Herschel AuR 69, 384;

156) Hueck-Nipperdey, Bd.I S. 219;

157) aaO S. 224;

158) Ähnlich Herschel AuR 69, 384 und Palandt-Heinrichs § 295 Anm. 4 unter fälschlicher Berufung auf Larenz und Soergel-Schmidt, die andere Formulierungen verwenden;

Ausdrücklich auf § 242 BGB beruft sich Walchshöfer[159]: Der Schuldner brauche gem. § 242 BGB die Leistung nicht mehr wörtlich anzubieten, wenn offenkundig sei, daß der Gläubiger auf der Annahmeverweigerung beharre.

Nach Hoffmann[160] gerät der Arbeitgeber ausnahmsweise ohne irgendein Angebot der Dienste in Verzug, "wenn die fristlose Entlassung in einer Form erfolgt, welche eine Weiterbeschäftigung und somit ein Angebot der Dienste für schlechterdings als unbillig erscheinen lassen, z.B. wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mehrfach beleidigt hat und ihm trotz seiner Forderung keine Sicherheit gegen weitere Beleidigungen gewährt". Normale fristlose Kündigungen gehörten aber nicht hierher, vielmehr müßten schon ganz besonders schwerwiegende Umstände vorliegen, um den Arbeitnehmer von der Verpflichtung, seine Dienste tatsächlich (!) anzubieten, zu befreien.

Wird dem Arbeitnehmer gleichzeitig mit der außerordentlichen Kündigung Hausverbot erteilt, wird er unter beleidigenden Umständen aus dem Betrieb gejagt oder wird das Werkstor geschlossen, so hält Schaub ein erneutes tatsächliches oder wörtliches Angebot für entbehrlich. Andernfalls soll Annahmeverzug ohne Angebot nur eintreten, wenn nach Treu und Glauben ein gesondertes Angebot nicht mehr erwartet werden kann und der Arbeitnehmer bisher seiner Arbeitspflicht genügt hat[161].

---

159) MünchKomm § 295 Rz 6;

160) DB 53, 995;

161) Schaub, Arbeitsrechtshandbuch § 48 II 3 und AR-Blattei Annahmeverzug B I 2 b;

Nach Soergel-Schmidt[162] kann die Berufung des Gläubigers darauf, daß ein wörtliches Angebot nicht erfolgt sei, gegen Treu und Glauben verstoßen[163].

c) Neuere Rechtsprechung

In seiner Rechtsprechung zum wörtlichen Angebot greift das BAG nicht ausdrücklich auf § 242 BGB zurück.

Allerdings sieht es in einer Kündigung mit Hausverbot eine "ernsthafte und endgültige" Weigerung, den Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen. Der Dienstverpflichtete brauche sich in einem solchen Fall nicht ausdrücklich zur Weiterbeschäftigung bereit zu erklären, da ein solches Angebot sinnlos und deswegen überflüssig sei[164].

Zur Begründung zitiert das BAG seine Entscheidung in AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit, in der es auf § 296 BGB ausweicht (vgl. dazu unten S. 59 ff), sowie Schaub und Söllner, die auf Treu und Glauben rekurrieren. Es läßt sich somit nicht eindeutig feststellen, aus welchen Normen das BAG ableitet, daß das Angebot "sinnlos und deswegen überflüssig" sei, § 242 BGB ist aber wohl am naheliegendsten.

Andererseits betont die Rechtsprechung immer wieder, daß die Bindung des Richters an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) es verbiete, sich im Wege eines richterlichen Billigkeitsrechts über eindeutige gesetzliche Vorschriften hinwegzusetzen, auch wenn sie für

---

162) § 295 Rz 1;
163) Ebenso wohl Enneccerus-Lehmann § 147 Fn. 7;
164) BAG NJW 78, 72 (75);

unbillig gehalten würden[165]. Der Richter sei in der Rechtsfindung dem Gesetz unterworfen und nicht berechtigt, Rechtspolitik zu treiben, da sonst der Gewaltenteilungsgrundsatz verletzt wäre[166].

d) Stellungnahme

Der in § 242 BGB niedergelegte Grundsatz von Treu und Glauben ist keine allgemeine Billigkeitsvorschrift. Er gibt dem Richter nicht die Befugnis, gesetzliche oder vertragliche Regelungen durch vermeintlich billigere oder angemessenere zu ersetzen, sondern hat nur die Aufgabe, "Auswüchse zu beschneiden, d.h. der Rechtsausübung dort eine Grenze zu setzen, wo die sich aus der sozialethischen Gebundenheit des Rechts ergebenden Schranken eindeutig überschritten sind"[167].

Um einer Ausuferung der Generalklausel des § 242 BGB Grenzen zu setzen, wird dessen Anwendung im wesentlichen auf vier Funktionskreise beschränkt, nämlich Art und Weise der Leistung, Bestimmung von Nebenrechten und Nebenpflichten, Verbot unzulässiger Rechtsausübung und Verwirkung, Wegfall der Geschäftsgrundlage[168].

---

165) BGH NJW 54, 1526; LAG Berlin DB 76, 587 hält einen erkennbaren Protest nicht für leeren Formalismus und fährt fort:"Daß es im Einzelfall einmal anders sein kann, gibt keinen hinreichenden Anlaß, von einer eindeutigen gesetzlichen Regelung abzuweichen, zumal § 615 BGB ohnehin von dem Grundsatz des Austausches von Arbeitsleistung gegen Vergütung (BAG MDR 59, 1044) abweicht, und der Arbeitnehmer auch nicht überfordert wird.";

166) BAG AP Nr. 2 zu § 143 d AVAVG;

167) Palandt-Heinrichs § 242 Anm. 1 a bb;

168) Soergel-Knopp § 242 Rz 34 ff; Palandt-Heinrichs § 242 Anm. 4;

Hier kann es sich nur darum handeln, daß der Arbeitgeber nach vorheriger Ablehnungserklärung sich nicht auf das fehlende wörtliche Angebot des Arbeitnehmers berufen darf[169]. Von den anerkannten Funktionskreisen des § 242 BGB kommt also nur das Verbot der unzulässigen Rechtsausübung, genauer das Verbot des "venire contra factum proprium" in Betracht.

Nach den dafür entwickelten Grundsätzen liegt ein Verstoß gegen Treu und Glauben nur vor, wenn der andere Teil aus dem früheren Verhalten des Rechtsinhabers auf eine bestimmte Sach- und Rechtslage vertrauen konnte und sich darauf eingerichtet hat, und dieser jetzt im Widerspruch zum objektiven Sinn seines früheren Verhaltens ein Recht geltend macht[170].
Da der Einwand des Rechtsmißbrauchs nicht dazu bestimmt ist, an die Stelle des Rechts mehr oder weniger unbestimmte Billigkeitserwägungen zu setzen, muß im einzelnen nachgewiesen werden, warum ein derartiger Widerspruch vorliegt[171].

Genau an diesem Nachweis aber scheitert hier die Anwendung des § 242 BGB, denn auch in den Fällen fristloser Kündigung mit Hausverbot erklärt der Arbeitgeber keinesfalls, den Lohn weiterbezahlen zu wollen, sondern will sich regelmäßig auch und gerade von dieser Pflicht befreien. Der Dienstverpflichtete kann deshalb allenfalls darauf vertrauen, daß die Ablehnungserklärung rechtswidrig war, nicht aber darauf, ohne Arbeit weiterhin die Gegenleistung zu erhalten.

---

169) So auch deutlich Soergel-Schmidt § 295 Rz 1;
170) Soergel-Knopp § 242 Rz 167;
171) Soergel-Knopp § 242 Rz 167;

Nur über die Ausnahmevorschrift des § 615 BGB kann der Arbeitnehmer im Falle vorheriger Ablehnungserklärung trotzdem seinen Lohn bekommen. Wenn sich der Dienstberechtigte gegenüber diesem Verzugsanspruch auf das fehlende wörtliche Angebot beruft, so setzt er sich keinesfalls mit seinem früheren Verhalten in Widerspruch, sondern verweist nur auf eine von ihrem Wortlaut her eindeutige gesetzliche Regelung.

Wer also das Erfordernis des wörtlichen Angebots nach §§ 615, 293 ff BGB als "sinnlos und deshalb überflüssig", formalistisch oder unzumutbar bezeichnet, kann sich schwerlich auf § 242 BGB berufen, sondern kritisiert bzw. umgeht unausgesprochen die gesetzliche Regelung.

Daneben läßt die Rückverweisung auf Treu und Glauben offen, unter welchen konkreten Umständen auch ein bloßer Widerspruch ausnahmsweise nicht zumutbar sein soll und beeinträchtigt damit die Rechtssicherheit, da erneute Abgrenzungen und Definitionen erforderlich werden[172].

e) Zusammenfassung und Zwischenergebnis

In der älteren Rechtsprechung und Literatur finden sich Entscheidungen und Formulierungen, die sich sinnvoll nur mit einem unausgesprochenen Rückgriff auf § 242 BGB erklären lassen.

Die neuere Literatur beruft sich teils indirekt, teils ausdrücklich auf § 242 BGB, während das BAG offen läßt, auf welcher Norm seine Formulierung "sinnlos und deswegen überflüssig" beruht.

---

172) So auch Stehl AuR 67, 45 und Nikisch RdA 67, 242;

Von den anerkannten Funktionskreisen des § 242 BGB kommt nur der des "venire contra factum proprium" in Betracht. Ein widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers liegt in den problematischen Fällen aber nicht vor.

Ein Verzicht auf das wörtliche Angebot unter Berufung auf Treu und Glauben ist deshalb nicht möglich.

5) Lösung über § 296 BGB

Ist für die vom Gläubiger vorzunehmende, zur Bewirkung der Leistung erforderliche Handlung (Mitwirkungshandlung) eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es gem. § 296 BGB auch eines wörtlichen Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt[173].

Neuerdings lassen Rechtsprechung und Literatur teilweise dahingestellt, welche Mindestanforderungen an das wörtliche Angebot der Dienstleistung des Arbeitnehmers zu stellen sind, weil die Ausnahmebestimmung des § 296 BGB eingreife.

Nach Meinung des BAG liegt in der Anordnung von Kurzarbeit nicht nur die Erklärung des Arbeitgebers, er nehme die übrige Arbeitsleistung nicht an, sondern zugleich das Unterlassen der erforderlichen Mitwirkungshandlung.

---

173) In der 1.Kommission wurde der spätere § 296 BGB noch abgelehnt, da eine solche Bestimmung zur Folge habe, daß in vielen Fällen mora accipiendi anzunehmen sei, obschon der Schuldner niemals zur Leistung bereit und dieselbe zu bewirken willens gewesen sei, Prot. I, S. 1236;

Verweigere der Arbeitgeber die Arbeitsmöglichkeit für eine Gruppe von Arbeitnehmern schlechthin, so müsse sich die Mitwirkungshandlung nicht nur auf das wörtliche Angebot der Arbeitsleistung des Einzelnen erstrecken, sondern auf die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer in der Abteilung, da andernfalls das wörtliche Angebot nicht zu einer Arbeitsaufnahme führen könne. Dabei komme es nicht darauf an, ob ein Aufenthalt der einzelnen Arbeitnehmer am Arbeitsplatz möglich gewesen wäre.
Unabhängig davon, ob die kalendermäßig festgelegte Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers vorher oder gleichzeitig mit der Leistung des Arbeitnehmers zu erfolgen habe, könne dieser zunächst abwarten, ob der Arbeitgeber das seinerseits Erforderliche veranlassen werde, denn die Wiederaufnahme der Arbeit sei erst möglich, wenn der Dienstberechtigte die Betriebsabteilung mit allen oder doch der Mehrzahl der Arbeitnehmer wieder arbeiten lasse, zuvor eine entsprechende Aufforderung an diese gerichtet habe und auch die sonstigen arbeitstechnischen Voraussetzungen zur Fortsetzung der Arbeit wieder gegeben seien[174].

---

174) BAG AP Nr. 2 zu § 615 Kurzarbeit; zust. Söllner in der Anm. und Beitzke in der Anm. zu SAE 70, 4; ArbG Bamberg ARST 76, 24: Das Ausfallenlassen der Arbeit im Betrieb während bestimmter Zeit beinhalte ein Unterlassen der erforderlichen Mitwirkungshandlung auch dann, wenn ein Aufenthalt des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz möglich gewesen wäre; RGRK-Alff § 296 Rz 2; Palandt-Heinrichs § 296 Anm. 1 nimmt wohl versehentlich entsprechende Anwendung des § 296 BGB an; Staudinger-Mohnen § 615 Rz 11 für den Fall, daß die Fabriktore geschlossen werden; Herschel Anm. zu AP 53 Nr. 241; ablehnend Staudinger-Löwisch § 296 Rz 3, der die Möglichkeit der Ausdehnung auf Kündigungsfälle anspricht und § 296 BGB entsprechend auf § 295 S. 1 F. 1 zuläßt;

Das BAG geht bei dieser Entscheidung von folgenden Prämissen aus:

(1) Falle die Arbeit im ganzen Betrieb oder in einzelnen Betriebsteilen aus, so fehle es an der erforderlichen Mitwirkungshandlung auch dann, wenn den einzelnen Arbeitnehmern ein Aufenthalt am Arbeitsplatz möglich gewesen wäre (dazu unten a);

(2) für die angenommene Mitwirkungshandlung sei eine Zeit nach dem Kalender bestimmt (dazu unten b);

(3) der Arbeitgeber sei bezüglich seiner Mitwirkungshandlung **"vorleistungspflichtig"** (dazu unten c);

a) Zur Erforderlichkeit einer Mitwirkungshandlung

aa) Begriff der Mitwirkungshandlung

Nach einem Teil der Lehre sind Mitwirkungshandlungen alle vor der Annahme dem Arbeitgeber obliegenden Handlungen, die die Arbeitsleistung ermöglichen sollen[175].

Nach einer anderen Definition sind Mitwirkungshandlungen iSd § 295 S. 1 F. 1 BGB und des diesen ergänzenden § 296 BGB[176] alle diejenigen, ohne deren Vornahme der Schuldner die Leistung weder bewirken noch in concreto anbieten kann[177].

---

175) Staudinger-Mohnen § 615 Rz 11; Schenker aaO S. 149: "ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist"; Rosenberg aaO S. 149: "das Unterlassen der zu Bewirkung der Leistung erforderlichen Mitwirkung des Gläubigers"; wohl auch BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit;

176) MünchKomm-Walchshöfer § 196 Rz 1; Staudinger-Löwisch § 296 Rz 1;

177) Soergel-Schmidt § 295 Rz 3;

Typische Beispiele für Mitwirkungshandlungen im allgemeinen schuldrechtlichen Bereich sind etwa die Ausübung des Wahlrechts gem. § 262 BGB, Rechnungsstellung, Abruf oder Abholung der Ware, aber auch die Annahme selbst[178].

Im Bereich des Arbeitsrechts gehören hierzu die Bereitstellung der Arbeitsräume, Rohstoffe, Werkzeuge, die Gewährung der öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Fürsorge- und Arbeitsschutzbestimmungen[179], ggf. die Benachrichtigung[180] und das Abholen des Arbeitnehmers sowie die Zuweisung der konkreten Arbeit[181], die Bereitstellung eines Firmenwagens[182], die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes[183], nach unrichtiger Beschuldigung auch die Entschuldigung, da sie zur Schaffung eines geeigneten Betriebsklimas erforderlich sei[184].

Soweit Vertrag, Tarifvertrag oder Gesetz hinsichtlich der für die konkrete Leistungsbeziehung zutreffenden Mitwirkungspflichten nichts ergeben, wird zur Auslegung auf § 242 BGB verwiesen[185]

---

178) RGRK-Alff § 293 Rz 1; MünchKomm-Walchshöfer § 293 Rz 10, § 295 Rz 7;

179) Staudinger-Mohnen § 615 Rz 11;

180) LAG Dü BB 69, 1479 für die Wiederaufnahme der Arbeit nach Schlechtwetter;

181) Schaub, Arbeitsrechtshandbuch S. 176 und AR-Blattei Annahmeverzug B I 2; MünchKomm-Walchshöfer § 295 Rz 7;

182) Blomeyer Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu § 615 BGB;

183) Hueck Anm. zu BAG AP Nr. 10 zu § 615 BGB;

184) Schnorr Anm. zu BAG AP Nr. 28 zu § 615 BGB;

185) LAG Dü BB 69, 1479; RG 168, 321(327); Erman-Battes § 295 Rz 3; Palandt-Heinrichs § 295 Anm. 3; MünchKomm-Walchshöfer § 295 Rz 3;

bb) Erforderlichkeit der Mitwirkungshandlung im Fall des BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit

Geht man von den gegebenen Definitionen aus, so sollen nach Soergel-Schmidt[186] Mitwirkungshandlungen nur diejenigen sein, ohne die die Leistung weder bewirkt noch in concreto angeboten werden kann.
Das Öffnen des Werkstores oder das Einschalten des Stromes wären danach keine Mitwirkungshandlungen, da das Anbieten der Leistung trotzdem möglich ist.

Hingegen muß nach Staudinger-Mohnen[187] und wohl auch nach dem BAG[188] die Mitwirkungshandlung geeignet sein, die Bewirkung der Leistung zu ermöglichen.
Danach wären das Öffnen des Werkstores und das Einschalten des Stromes Mitwirkungshandlungen, da ohne sie die Arbeitsleistung nicht bewirkt werden kann.

Vorzuziehen ist die zweite Definition, da sie dem klaren Wortlaut des § 295 S. 1 F. 2 BGB ("wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist") besser entspricht.
Danach steht für die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle rechtswidrig angeordneter Kurzarbeit außer Frage, daß die Arbeitnehmer bei geschlossenem Betrieb (bzw. Betriebsabteilung) ihre Leistung nicht bewirken konnten, weil es an der entsprechenden Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers fehlte[189].

---

186) § 295 Rz 3;

187) § 615 Rz 10;

188) Vgl. AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit;

189) So schon ein Teil der 2.Kommission für Betriebsstörungen, vgl. Prot.II S. 2150, bei Mugdan S. 900 und unten D V 1 c dd;

cc) Übertragbarkeit der Lösung auf andere Fälle

Fraglich aber ist, inwieweit sich dieser Lösungsweg des BAG auf Fälle vorheriger Ablehnungserklärung übertragen läßt, in denen nur einzelne Arbeitnehmer betroffen sind.

Es ist schwerlich zu bezweifeln, daß in unserer im höchsten Maße arbeitsteiligen Wirtschaftsorganisation praktisch nahezu immer irgendeine Handlung des Arbeitgebers erforderlich ist, um die Leistung des Dienstnehmers zu ermöglichen[190].

Andererseits ergibt sich aus der Systematik des Ineinandergreifens der §§ 295, 296 BGB, daß nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine Mitwirkungshandlung jedenfalls nicht immer erforderlich sein kann[191].

Soll der Begriff der Mitwirkungshandlung nicht uferlos und damit die in § 295 S. 1 F. 1 und F. 2 BGB gegebene Differenzierung, die ihre Fortsetzung in § 296 BGB findet, aufgehoben werden, so kann vom Erfordernis einer Mitwirkungshandlung jedenfalls da nicht die Rede sein, wo eine lediglich passive Annahme, ein bloßes Dulden der Leistungserbringung seitens des Gläubigers erforderlich ist[192].

---

190) So schon Rosenberg aaO S. 141;

191) Vgl. BAG AP Nr. 18 zu § 615 BGB für einen Angestellten; Oertmann, 1.Aufl., § 293 Anm. 2 nennt als Beispiel die Pflicht zur Unterlassung; Beitzke SAE 70, 4 fragt zu Recht, welche Mitwirkungshandlung bei einem mit dem Ausjäten des frei zugänglichen Fabrikplatzes beschäftiten Arbeitnehmer noch erforderlich sein soll;

192) Ähnlich schon Rosenberg aaO S. 158: § 296 BGB könne seiner Natur nach keine Anwendung finden in den Fällen, wo die Mitwirkung des Gläubigers in der bloßen Empfangnahme der vertragsmäßigen Leistung besteht;

Wohl aus diesem Grunde beschränkt sich das BAG in seinem Urteil[193] ausdrücklich auf den Fall, daß die Arbeit im ganzen Betrieb oder in einzelnen Betriebsteilen ausfällt und läßt erkennen, daß die Entscheidung z.B. bei der Kündigung einzelner Arbeitnehmer anders ausfallen müßte.

dd) Zwischenergebnis

Der genannten Entscheidung des BAG ist insoweit zuzustimmen, als sie bei der Einstellung des ganzen Betriebs oder eines Betriebsteiles für die unmittelbar betroffenen Arbeitnehmer von einer fehlenden Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers ausgeht.

Wie in dem Urteil angedeutet, läßt sich diese Lösung aber nicht ohne weiteres auf die Nichtannahmeerklärung gegenüber einzelnen Arbeitnehmern übertragen, da diese regelmäßig wissen, was sie zu tun haben und die bloße Annahme seitens des Arbeitgebers nicht als Mitwirkungshandlung iSv §§ 295 S. 1, 296 BGB angesehen werden kann.

b) Zeit nach dem Kalender bestimmt

Da der Zeitpunkt des Arbeitsbeginns in dem vom BAG entschiedenen Fall feststand, war für die vom Gläubiger vorzunehmende Mitwirkungshandlung "Arbeitenlassen der Betriebsabteilung" iSv § 296 S. 1 BGB eine Zeit nach dem Kalender bestimmt[194].

Staudinger-Löwisch § 296 Rz 3: Mitwirkung muß über die bloße Annahme hinausgehen;

193) BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit;

194) MünchKomm-Walchshöfer § 296 Rz 3;

Der Eintritt der kalendermäßig feststehenden Zeit ersetzt nach § 296 S. 1 BGB eine besondere Benachrichtigung des Gläubigers[195] und löst die Rechtsfolgen des § 615 BGB aus, wie das BAG zu Recht angenommen hat.

Der Entscheidung des BAG ist im konkreten Fall also auch insoweit zuzustimmen, als es angenommen hat, daß für die vom Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt gewesen sei.

Allerdings hilft die Lösung des BAG nicht weiter, wenn es an einem festen Zeitpunkt für die Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers fehlt, z.B. wenn dieser bei witterungsabhängiger Arbeit erst über die Fortführung der Arbeit entscheiden muß[196].

c) "Vorleistungspflicht" des Gläubigers bezüglich der Mitwirkungshandlung

Erhebliche Bedenken ergeben sich aus der Behauptung des BAG, der Arbeitnehmer könne zunächst abwarten, ob der Arbeitgeber das seinerseits Erforderliche veranlassen werde, da es einer Aufforderung, die Mitwirkungshandlung vorzunehmen, nicht bedürfe[197].

---

195) MünchKomm-Walchshöfer § 296 Rz 3;

196) Staudinger-Löwisch § 295 Rz 3;

197) Unter Berufung auf Staudinger-Werner, 10./11. Aufl., § 296 Rz 3 und Soergel-Siebert § 296 Rz 1, die den vorliegenden Fall aber nicht direkt ansprechen;

Das Problem soll an folgendem Beispiel verdeutlicht werden:

> Ein Handwerker in Bayern hat einen Gesellen aus Bremen eingestellt. Obwohl arbeitsfähig und arbeitswillig, erscheint dieser am Buß- und Bettag nicht, weil er glaubt, es sei Feiertag. Der Handwerker kommt wegen Krankheit ebenfalls nicht in sein Geschäft und hat auch keinerlei Vorkehrungen für die Beschäftigung des Gesellen getroffen.

Lösung nach BAG: Das Öffnen des Betriebs und die Bereitstellung des Arbeitsplatzes sind zur Bewirkung der Leistung des Gesellen erforderlich, also Mitwirkungshandlungen.
Da diese zu einer kalendermäßig bestimmten Zeit vorzunehmen waren, der Handwerker sie aber nicht vorgenommen hat, kam dieser nach § 296 S. 1 BGB ohne weiteres in Verzug, denn der Geselle durfte abwarten, ob sein Arbeitgeber das Erforderliche veranlassen werde.

Wie das Beispiel zeigt, ergibt sich aus der Ansicht des BAG, daß die rechtzeitige Vornahme bzw. Veranlassung der Mitwirkungshandlung für die Frage des Annahmeverzuges auch dann noch von Bedeutung sein soll, wenn sie auf das Verhalten des Schuldners keinerlei Einfluß haben kann[198], d.h. auch die-

---

198) Vgl. auch Schollmeyer aaO § 296 Anm. b: "Der Schuldner, welcher nachlässig es unterließ, sich in Leistungsbereitschaft zu setzen, kann nicht hinterher sich damit entschuldigen, daß der Gläubiger ja nicht abgeholt habe. Das wäre eine Spekulation auf die vermutliche Handlungsweise des Gläubigers, und die kann vom Gesetz nicht gewollt sein". Die Berechtigung des Gläubigers zum wörtlichen Angebot bestehe erst dann, wenn die erforderliche Mitwirkung tatsächlich (Unterstreichung vom Verf.) aus-

jenigen Arbeitnehmer, die von der fehlenden Mitwirkungshandlung nichts wußten und aus anderen Gründen der Arbeit fernblieben, würden ihren Lohn nach § 615 BGB bekommen.

Auch in dem der Entscheidung des BAG aaO zugrunde liegenden Fall war es ja wohl so, daß die Arbeitnehmer nicht etwa "abwarteten", ob der Arbeitgeber das seinerseits Erforderliche veranlassen werde, sondern auf die Ankündigung der Kurzarbeit hin schlicht nicht erschienen. Daran hätte sich nichts geändert, wenn der Arbeitgeber entgegen seiner Ankündigung den entsprechenden Betriebsteil hätte arbeiten lassen (was er möglicherweise gemacht hätte, wenn die Arbeiter ihn durch ihr Erscheinen darauf hingewiesen hätten, daß er ihnen auch ohne Arbeit ihren Lohn bezahlen müsse).

Allgemein gesprochen wird damit bei fehlender Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers und bei gleichzeitig fehlender Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers grundsätzlich letzterem die Lohnfortzahlungspflicht aufgebürdet.

Diese Konsequenz der BAG-Rechtsprechung erscheint akzeptabel, soweit die mangelnde Leistungsbereitschaft auf der Ankündigung des Arbeitgebers beruht, die Mitwirkungshandlung nicht vorzunehmen. Beruht die mangelnde Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers aber auf einem anderen Grunde, so ist nicht einzusehen, warum ihm der Anspruch aus §§ 615 S.1, 296 BGB erhalten bleiben sollte.

---

bleibe. Der Gläubiger könne einwenden, daß es der Schuldner an den bis zum Eintritt der Mitwirkung des Gläubigers erforderlichen Handlungen habe fehlen lassen, weshalb die Mitwirkung des Gläubigers untunlich gewesen sei;

Die Lösung des BAG bedarf also insoweit der Einschränkung, als der Lohnanspruch aus § 615 BGB erhalten bleibt, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich "abwartet", ob der Arbeitgeber die Mitwirkungshandlung vornimmt, nicht aber, wenn er völlig unabhängig davon ohnehin nicht arbeiten wollte oder konnte.

d) Tatsächliche Durchführung der Maßnahme

Läßt der Arbeitgeber entgegen seiner Ankündigung in dem Betrieb oder dem Betriebsteil doch arbeiten, so können sich die nicht erschienenen Arbeiter nicht mehr auf die fehlende Mitwirkungshandlung und auf § 296 S. 1 BGB berufen.

Das BAG war sich dieser Schwäche seiner Lösung wohl bewußt, als es in den Leitsatz c) die einschränkende Formulierung aufnahm "... und führt er diese Maßnahme dementsprechend durch..."

e) Beweislast

Schließlich hat die Lösung des BAG über § 296 BGB den gravierenden Nachteil, daß nach dem Regel-Ausnahme-Verhältnis der §§ 295, 296 BGB der Arbeitnehmer sowohl die Erforderlichkeit der Mitwirkungshandlung als auch deren Unterlassen beweisen muß[199].

---

199) Schollmeyer aaO § 296 Anm. b;

f) Zusammenfassung und Zwischenergebnis

Es fehlt an einer Mitwirkungshandlung iSv §§ 295 S. 1, 296 BGB, wenn der Arbeitgeber im ganzen Betrieb oder in einem Betriebsteil nicht arbeiten läßt.

Regelmäßig ist für die Mitwirkungshandlung "Arbeitenlassen eines Betriebs(teils)" eine Zeit nach dem Kalender bestimmt.

Der Lohnanspruch aus §§ 615 S. 1, 296 BGB kann nur erhalten bleiben, wenn zwischen dem Fehlen der Mitwirkungshandlung und dem Unterlassen der Arbeitsleistung Kausalität besteht.

Die bloße Ankündigung des Unterlassens der Mitwirkungshandlung genügt nicht zur Auslösung des Anspruchs aus §§ 615, 296 BGB.

Die Beweislast für die Erforderlichkeit der Mitwirkungshandlung und für deren Fehlen trägt der Arbeitnehmer.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, daß der Lösungsweg des BAG in AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit für den entschiedenen Fall konsequent ist und zu einem befriedigenden Ergebnis führt. Er hat jedoch entscheidende Schwächen und kann auf andere Fälle vorheriger Ablehnungserklärung nicht übertragen werden.

6) Lösung über das Unmöglichkeitsrecht

Innerhalb der Unmöglichkeitsvorschriften der §§ 323 ff BGB bieten sich mehrere Lösungswege an, die alle die grundsätzliche Anwendbarkeit dieser Normen im Arbeitsrecht voraussetzen (dazu unten a) und den Vorteil haben, daß es auf ein tatsächliches oder wörtliches Angebot nicht ankommt.

Dem Arbeitnehmer könnte die Erbringung die ihm obliegenden Leistung einmal bereits durch die Kündigung selbst unmöglich geworden sein. Falls diese rechtswidrig war, könnte der Arbeitgeber dies iSv § 324 Abs. 1 BGB zu vertreten haben (dazu unten b).

Wegen des von der h.M. angenommenen Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung könnte die Unmöglichkeit jedenfalls mit der tatsächlichen Nichterbringung der Dienste eintreten und bei Verschulden des Arbeitgebers wiederum § 324 Abs. 1 BGB eingreifen (dazu unten c).

Befindet sich der Dienstberechtigte zur Zeit des Eintritts der Unmöglichkeit im Annahmeverzug, so könnte der Lohnanspruch nach § 324 Abs. 2 BGB erhalten bleiben (dazu unten d).

a) Anwendbarkeit der §§ 323 ff BGB im Arbeitsrecht

aa) Die Vorstellungen des BGB-Gesetzgebers

Der Gesetzgeber des Jahres 1896 regelte den Dienstvertrag als normalen schuldrechtlichen Austauschvertrag und setzte die Anwendbarkeit des allgemeinen Schuldrechts voraus. Die Formulierung von § 614 BGB (als Ausnahme zu § 320) und § 615 BGB (als

Sonderregelung zu §§ 293 ff BGB) wäre anders nicht erklärlich[200].

Überdies regelt § 324 Abs. 1 S. 2 BGB ausdrücklich die Anrechnung des Erwerbs durch anderweitige Verwendung der Arbeitskraft und setzt damit seine Anwendbarkeit auf das Arbeitsverhältnis voraus.

In der Reichstagskommission wurde ein Antrag, die entsprechende Anwendung des § 298 des Entwurfs (Ersatz der Mehraufwendungen, heute § 304 BGB) im jetzigen § 615 BGB ausdrücklich zu erwähnen, abgelehnt, weil sich dies von selbst verstehe[201].

bb) Rechtsprechung und Literatur nach Inkrafttreten des BGB

Ebenso wie der Gesetzgeber gingen auch Rechtsprechung und Literatur ursprünglich mit Selbstverständlichkeit davon aus, daß §§ 323 ff BGB auch auf den Dienst- und Arbeitsvertrag anwendbar sind[202], während das Bestehen einer allgemeinen Treuepflicht des Arbeiters strittig war[203].

---

200) Hanau-Adomeit aaO S. 127; Wiedemann aaO S. 85;

201) Bericht der Reichstagskommission, S. 78;

202) OLG Marienwerden SeuffA Bd.57, Nr. 190; KG OLGE 7, 472; OLG Kiel SeuffA Bd.59, Nr. 91; Dernburg, Schuldverhältnisse 2. Abteilung S. 189; Gierke, Privatrecht III S. 618 mwN; Oertmann, 3./4.Aufl., § 615 Anm. 5; Römer DJZ 1903 340; Türcke-Niedenführ-Winter § 615 Anm. 4; Lotmar, Bd.II S. 197 ff, 273 ff; Crome aaO S. 652; Gelder JurAn 71, 230 mwN; Staudinger, 1.Aufl., § 615 Anm. 1; Fieberg DJZ 1904, 485 hielt auch § 326 BGB für anwendbar;

203) Erfrischend deutlich Crome aaO S. 644 Fn.16: "Es wäre zuviel verlangt, von jedem Tagelöhner oder einfachen Fabrikarbeiter Treue bei seiner Beschäftigung zu verlangen. Das Leben ist nüchterner. Auch fühlen sich erfahrungsgemäß diese Art Arbeiter häufig geradezu in gegensätzlicher Stellung zum Herrn, der seiner-

cc) Die Entwicklung bis zum 2. Weltkrieg

Demgegenüber führte Otto von Gierke den Arbeitsvertrag nicht auf das Schuldrecht des BGB, sondern auf den deutschrechtlichen Treuevertrag zurück, der im Personenrecht wurzle und dessen älteste Form der Vertrag des Gefolgsmannes mit dem Gefolgsherrn sei[204]. Es handle sich zwar um einen gegenseitigen Vertrag[205], nicht aber um einen Schuldvertrag, sondern um einen personenrechtlichen, der ein persönliches Herrschaftsverhältnis begründe[206].

Auch nach Meinung Otto von Gierkes gelten aber bei Unmöglichkeit der Dienstleistung mit Verantwortlichkeit eines der beiden Teile die allgemeinen Regeln. Nur § 616 BGB sei davon eine Ausnahme[207].

Der Begriff "personenrechtlich" stammt wohl von Potthoff[208]. In Abgrenzung von der römisch-rechtlichen Auffassung des Dienstvertrages als vermögensrechtlichem Schuldverhältnis behauptete Potthoff 1922 vorwiegend aus volkswirtschaftlichen Erwägungen, der Arbeitsvertrag sei keine Unterart des Dienstvertrages, sondern ein Personenrecht, das neben dem Familien- und dem Beamtenrecht einen besonderen Gesetzesabschnitt bilden müsse[209].

---

seits in seiner Fürsorgepflicht für sie auch nicht weiter geht, als das Gesetz ihm vorschreibt. Diese Kluft läßt sich durch schöne Worte nicht verkleistern";

204) Privatrecht III S. 594 und Wurzeln des Dienstvertrages S. 36 ff, 53, 55;

205) Privatrecht III S. 600;

206) Privatrecht III S. 609;

207) Privatrecht III S. 618;

208) Probleme des Arbeitsrechts S. 130 ff;

209) Arbeitsrecht 1922, Sp. 275;

Demgegenüber sprach etwa Molitor nur von einem "personenrechtlichen Einschlag"[210], Oertmann von einem "schuldrechtlichen Akte", der "auch mehr oder weniger weitgehende personenrechtliche Elemente" in sich berge[211]. Im übrigen bestritt die h.M. in der Weimarer Republik den schuldrechtlichen Austauschcharakter des Arbeitsverhältnisses nicht[212] und wandte §§ 320 ff BGB grundsätzlich auf das Arbeitsverhältnis an.

In seiner berühmten Entscheidung zur Sphärentheorie[213] (dazu unten S.91 ff) sprach das Reichsgericht 1923 erstmals aus, daß man für den Arbeitsvertrag überhaupt nicht von den Vorschriften des BGB ausgehen dürfe, denn es handle sich nicht mehr nur um das Verhältnis des einzelnen Arbeiters zum Arbeitgeber, sondern um eine Regelung zwischen zwei Gruppen der Gesellschaft, dem Unternehmertum und der Arbeiterschaft.

Während diese Entscheidung also von einem gruppenspezifischen Interessengegensatz ausging, war nach nationalsozialistischer Ideologie der Gedanke der Volksgemeinschaft stärker als alle Spannungen und Interessengegensätze zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern[214].

---

210) Das Wesen des Arbeitsvertrags S. 13 mwN;

211) Arbeitsvertragsrecht S. 21;

212) Heck, Schuldrecht S. 338; Richter, Grundverhältnisse S. 82;

213) RGZ 1o6, 272;

214) Rüthers AuR 7o, 98; Siebert, Das deutsche Arbeitsrecht Einl. I 1;

Die Betriebsgemeinschaft hatte gem. § 1 AOG[215] als Untergruppierung der mystifizierten Volksgemeinschaft dieser zu dienen.

Fußend auf den Vorstellungen Otto von Gierkes und auf § 1 AOG betonte auch das Reichsgericht zunehmend den Charakter des Arbeitsverhältnisses als personenrechtlichem Gemeinschaftsverhältnis und ging seit 1939 in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß die §§ 323 ff BGB auf das Arbeitsverhältnis nicht anwendbar seien, da dieses eigenen Regeln unterliege und mangels gesetzlicher oder tariflicher Sondervorschriften ausschließlich nach dem Grundgedanken der gegenseitigen Treu- und Fürsorgepflichten zu entscheiden sei[216].

Zur Primärpflicht wurde die Treuepflicht, aus der alle anderen Pflichten einschließlich derjenigen zur Arbeitsleistung und Lohnzahlung entsprangen[217]. Da der Gemeinschaftsgedanke, aus dem die Rechtsprechung sogar ein Streikverbot ableitete[218], Grundlage des gesamten Arbeitsrechts geworden war, sollte jeweils sorgfältig geprüft werden, ob eine Norm des BGB mit der Rechtsauffassung vom Arbeitsverhältnis als einem Gemeinschaftsverhältnis noch vereinbar sei[219].

---

215) Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934;

216) ARS 37, 230 ff; ARS 43, 167 ff;

217) Dietz, Festschrift Hedemann S. 331 Fn. 6;

218) Ehrengericht Mitteldeutschland, ARS 26, 193;

219) Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, § 2 Rz 16 ff; Siebert, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, S. 69, 7o; nicht so weitgehend offensichtlich der "Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis" von 1938, in dessen Begründung zu § 36 von der bisherigen Anwendbarkeit der §§ 615, 616 BGB auf das Arbeitsverhältnis ausgegangen wird;

dd) Die Rechtsprechung nach dem 2. Weltkrieg

Die ideologisch bedingte "Hochblüte des Gemeinschaftsgedankens"[220] im Dritten Reich wirkt noch so kräftig nach, daß die Rechtsprechung immer wieder damit argumentiert[221] und **den Begriff des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses bis auf den heutigen Tag nicht aufgegeben hat**[222].

Das BAG zog aus dem Gemeinschaftsgedanken den Schluß, daß §§ 323 ff BGB nicht direkt auf das Arbeitsverhältnis angewandt werden könnten, da dieses selbst wesenhaft durch die auf Treue und Fürsorge gegründete personenrechtliche Bindung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bestimmt sei, und berief sich dabei auf die ständige Rechtsprechung des RAG, die nahezu ausschließlich die Auswirkungen der Judenverfolgung betraf und auf § 1 AOG beruhte[223].

Nach einem Urteil des BGH aus dem Jahre 1953 finden die schuldrechtlichen Normen auf das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, das nur einzelne schuldrechtliche Elemente aufweise, insoweit Anwendung, als sie sich

---

220) Wiedemann aaO S. 25; Rüthers AuR 70, 97;

221) BAG AP Nr. 2 zu § 616 BGB; BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB; BAG AP Nr. 75 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht; BAG AP Nr. 1 zu § 14 SchwBeschG; BAG AP Nr. 1 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; BGB 1o, 187; BVerfG 3, 162 ff (177); BAG AP Nr. 14 zu § 56 BetrVerfG 52;

222) Gelder JurAn 71, 221 ff (231 f);

223) BAG AP Nr. 1 zu § 14 SchwBeschG; LAG Stg DB 55, 364 hält sogar die schuldrechtlichen Vorschriften des BGB über den Dienstvertrag nicht für direkt anwendbar; nach BVerfG AP Nr. 2 zu § 1 UrlG Hamburg hat sich das Arbeitsrecht als Ganzes einschließlich seiner Privatrechtsnormen "zu einem selbständigen und eigenständigen Rechtsgebiet entwickelt, das neben dem bürgerlichen Recht steht und nicht mehr vom Kodifi-

mit diesem Wesen des Arbeitsvertrages vereinbaren ließen[224].

In einem Urteil aus dem Jahre 1959 verweist das BAG auf § 323 Abs. 2 HS 2 BGB und betont den Austauschcharakter des Arbeitsverhältnisses "unter Wahrung seines personalen Charakters"[225], nach anderen Entscheidungen findet § 324 Abs. 1 BGB grundsätzlich auch auf Arbeitsverträge Anwendung[226].

Unter Berufung auf verschiedene Entscheidungen des BAG, in denen z.B. die §§ 119 ff BGB[227] und § 254 BGB[228] auf das Arbeitsverhältnis angewandt wurden, glaubten Säcker[229] 1969 und Blomeyer[230] 197o eine Tendenz des BAG zu beobachten, das Arbeitsverhältnis wieder zunehmend schuldrechtlich und auf den Leistungsaustausch beschränkt zu verstehen[231], die sich aber nach Blomeyer[232] "offenbar nicht durchgesetzt hat".

Tatsächlich leugnet die Rechtsprechung wohl nicht mehr den Austauschcharakter des Arbeitsverhältnisses, betont aber andrerseits nach wie vor dessen personalen Charakter und nimmt hinsichtlich der Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen eine Prüfung im Einzelfall vor.

---

kationsprinzip des EGBGB erfaßt wird";
224) BGH 1o, 187 ff (190);
225) BAG AP Nr. 14 zu § 56 BetrVerfG 52;
226) BAG AP Nr. 18 zu § 615 BGB; BAG DB 69, 446;
227) BAG AP Nr. 17 zu § 123 BGB;
228) BAG BB 70, 1048;
229) JurAn 70, 176 ff;
230) ZfA 72, 96 Fn. 5o;
231) idS auch Kreutz ZfA 73, 341;
232) ZfA 72, 96 Fn. 5o;

ee) Die Literatur nach dem 2. Weltkrieg

Nach dem Zusammenbruch wurde der Gedanke des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses von einem Teil der Literatur abgelehnt[233], überwiegend blieb sie jedoch daran haften[234] und bezeichnet ihn teilweise heute noch als h.M.[235].

Vereinzelt wurde der Arbeitsvertrag sogar der Ehe gleichgestellt oder ihr zumindest angenähert[236] oder dem Arbeitnehmer eine Art Staatsbürgerschaft im Betrieb zugewiesen[237].

Soweit ersichtlich hält jedoch nur Denecke[238] die §§ 323 ff BGB für mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses unvereinbar. Seiner Ansicht nach trat die

---

233) Ramm aaO S. 18 ff; Neumann RdA 51, 1 ff; Schnorr Arbeitsrecht S. 168;

234) Hueck-Nipperdey, Bd. I § 22 II; Schlessmann aaO S. 2o; Larenz, Schuldrecht I § 2 VI; Kaskel-Dersch aaO § 5; Nikisch, Arbeitsrecht I S. 325; Schelp aaO S. 8; Dahm aaO § 59 VIII; Wiedemann aaO passim; Rehbinder RdA 68, 312; Hueck, Treuegedanke S. 13;

235) Palandt-Putzo Einf. 1 e vor § 611; RGRK-Denecke Anm. 5 vor § 611; Enneccerus-Lehmann § 147 III: "soziale Arbeits- und Betriebsgemeinschaft","Betriebsverbundenheit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber";

236) Frey AuR 53, 167 ff (170); Molitor, BlStSozArbR 49, 3o ff spricht diesbezüglich von einer lehrreichen, aber mit Rücksicht auf das besondere Wesen der Ehe (nicht des Arbeitsverhältnisses!) nicht in jeder Hinsicht zutreffenden Parallele;

237) Herschel, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben Bd. I S. 314;

238) RGRK Anm. 5 vor § 611;

grundsätzliche Wandlung im Verständnis des Arbeitsverhältnisses nach dem 1. Weltkrieg ein. Es hätten sich Grundsätze herausgebildet, die sich immer mehr von dem schuldrechtlichen Charakter des Dienstvertrages entfernten und ihre Grundlage in der aus der betrieblichen Zusammenarbeit sich ergebenden Verbundenheit und in der kollektiven Gestaltung des Arbeitsverhältnisses fänden. Diese Entwicklung sei durch das AOG nicht unterbrochen worden und auch der Führergrundsatz habe daran nichts wesentliches geändert.

Im übrigen plädieren die Vertreter dieser Auffassung überwiegend wenigstens für eine eingeschränkte Anwendbarkeit der §§ 323 ff BGB[239].

In der neueren arbeitsrechtlichen Literatur läßt sich kaum mehr eine Stimme finden, die im Arbeitsverhältnis etwas anderes sehen will, als ein normales schuldrechtliches Austauschverhältnis, das auf der gleichen Stufe mit allen anderen Schuldverhältnissen steht, sich von ihnen nur dem Inhalt nach unterscheidet und auf das insbesondere auch die Regeln des allgemeinen Schuldrechts einschließlich

---

239) Beitzke Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Fikentscher, Schuldrecht § 79 II 4 bezeichnet dies als h.M.; Hueck Anm. zu BAG AP Nr. 14 zu § 56 BetrVerfG 52 unter Distanzierung von den "Übertreibungen" der Nazizeit; Staudinger-Mohnen § 615 Rz 3o; Nikisch, Arbeitsrecht I S. 274, 277; Neumann-Duesberg DB 69, 262; Kaskel-Dersch aaO S. 19: soweit sie der besonderen Eigenart des Arbeitsverhältnisses nicht widersprechen; Raiser, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben Bd. I S. 108: der vertraglichen Ordnung wegen der Rechtsentwicklung der letzten Jahrzehnte nicht mehr voll zugänglich; Fabricius aaO S. 17: allgemeine Vorschriften nur beschränkt anwendbar;

§§ 323 ff BGB grundsätzlich anwendbar sind[240].

Allenfalls wird dem Arbeitsverhältnis noch das Attribut "personenenrechtlich" oder "personenbezogen" angefügt, ohne daß dem eine rechtliche Bedeutung beikäme[241].

Darüber hinaus wird am Gemeinschaftsgedanken teilweise herbe Kritik geübt, da er nie positiv formuliert worden sei, allenfalls der Verschleierung diene, ein begriffsjuristisches Zauberstück sei, das auf einem Zirkelschluß basiere[242], Otto von Gierke mit seiner Erfin-

---

240) Blomeyer ZfA 72, 85 ff (96 ff); Beuthien RdA 72, 20; Fikentscher aaO § 79 II 4; Schwerdtner ZRP 70, 62; Ballerstedt RdA 76, 5 (9); Söllner aaO § 28 III; Zöllner Anm. zu BAG AP Nr. 20 zu § 615 BGB und Arbeitsrecht § 18 II; Hanau-Adomeit aaO S. 127; Hoppe BB 67, 1492; Herschel RdA 78, 69 ff (72); Bulla RdA 78, 209 ff (212); Kreutz ZfA 73, 341 bezeichnet die Charakterisierung des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis im Schrifttum als überwunden; Gelder JurAn 71, 230; nach Säcker, JurAn 70, 177 darf die These vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis "getrost totgesagt werden"; Fabricius aaO S. 23 ff; Kalb aaO S. 88: Qualifizierung als Gemeinschaftsverhältnis "augenscheinlich verfehlt";

241) Schaub, Arbeitsrechtshandbuch S. 93, 179, 457: Ansicht des RAG überholt; wohl auch Larenz, Schuldrecht II § 52 II b, der die Hochstilisierung zu einem Gemeinschaftsverhältnis als unrealistisch bezeichnet; Schwerdtner, Fürsorgetheorie S. 16 Fn. 17 mit umfassenden Nachweisen zum Meinungsstand; aA Gamillscheg AcP 176, 220: eigenständige Stellung, die zu weitgehender Ausschaltung von Allgemeinem Teil und Schuldrecht Allgemeiner Teil des BGB führt; Erman-Küchenhoff § 615 Rz 16 folgert aus der fortschreitenden Entwicklung des Betriebsverfassungsrechts ein Miteinanderwirken der Arbeitspartner in einem "überpersönlichen genossenschaftsähnlichen Betrieb";

242) Schwerdtner ZRP 70, 62 und Fürsorgetheorie S. 32;

dung Dogmengeschichte miserabelster Art geleistet habe, der Gemeinschaftsgedanke der Oktroyierung einer faschistischen Ideologie diente und dogmatisch eine Irreführung sei[243]. Dem Arbeitgeber werde damit ein moralisch abgesichertes Disziplinierungsmittel an die Hand gegeben, das ein Klima der Unfreiheit zu schaffen geeignet erscheine[244].

In der Mischung von Austausch- und Gemeinschaftsrecht, von Schuld- und Personenrecht lebten "Relikte agrar- und gewerbefeudalistischer historischer Rechtskultur ebenso weiter wie ein vor allem protestantisch-christliches Dienstverständnis wie auch die typisch deutsche Hoffnungsideologie von der möglichst konfliktfreien Interessenharmonie". In Wahrheit verschleiere solche Ideologie lediglich spezifische Herrschaftsstrukturen[245].

ff) Stellungnahme

Die entscheidende Frage muß m.E. sein, ob und ggf. was der Gemeinschaftsgedanke heute noch leisten kann, ob es also sachliche Gründe gibt, die ein Abweichen von der Konzeption des BGB-Gesetzgebers, der die Anwendbarkeit der §§ 320 ff BGB unstreitig voraussetzte, rechtfertigen.

---

243) Ballerstedt RdA 76, 5 (9);
244) Ballerstedt RdA 76, 5 (9);
245) Wiethölter aaO S. 286;

(1) Verlust an Rechtssicherheit

Gegen die Abkehr vom BGB spricht der damit verbundene Verlust an Rechtssicherheit[246]. In der für die Ablehnung der §§ 323 ff BGB grundlegenden Entscheidung des RAG vom 13.9.1939[247] ging es darum, daß einem jüdischen Arbeitnehmer aufgrund seiner Rassezugehörigkeit verboten worden war, die Geschäftsräume zu betreten. Nachdem sich das RAG den Rückzug auf gesicherte Normenkomplexe des BGB verbaut hatte, griff es auf die allein entscheidenden "Grundsätze der Treue- und Fürsorgepflicht" zurück. Im Rahmen der danach allein maßgeblichen Billigkeitsabwägung berücksichtigte das Gericht, daß "sich der rassepolitische Gedanke der Ausschaltung des Judentums aus dem Wirtschaftsleben schon immer weiter durchsetzte", der Kläger seine Dienste einwandfrei verrichtet, eine Frau zu unterhalten und sich eine neue Stellung zu suchen habe. Nach alledem erfordere die Treue- und Fürsorgepflicht nicht, das Gehalt (wegen der sechsmonatigen Kündigungsfrist) acht Monate bis zum Jahresende fortzuzahlen, sondern es seien zwei Monate ausreichend.

Aus dem Urteil wird deutlich, wie sehr die Abwendung vom geschriebenen Recht und der daraus zwangsläufig folgende Rückgriff auf sog. allgemeine Grundsätze wie "personenrechtlich", "Gemeinschaftsverhältnis", "Treue- und Fürsorgepflicht", die

---

246) So schon Hueck Anm. zu RAG ARS 37,230 und Treuegedanke S. 1;

247) ARS 37, 230;

keinen gesicherten Standort im Rechtssystem haben[248], den Einfluß sachfremder und ggf. totalitärer Gedankengänge erleichtert, denn es ist umgekehrt kaum vorstellbar, wie das Gericht bei Anwendung der §§ 615, 293 ff, 323 ff BGB die Rassezugehörigkeit des Klägers hätte berücksichtigen können.

Ganz allgemein muß deshalb jeder Abkehr vom geschriebenen Recht, gleichgültig aufgrund welcher Theorien oder Argumentationslinien sie erfolgt, mit äußerster Skepsis begegnet und sorgfältig geprüft werden, ob dies unumgänglich ist. Daran kann weder das Fehlen eines Arbeitsgesetzbuches noch die Tatsache etwas ändern, daß die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung in besonderem Maße dazu neigt, aus Billigkeitserwägungen über eindeutige gesetzliche Regelungen hinwegzusehen[249] und quasi in Stellvertretung des Gesetzgebers Regeln aufzustellen, die über den Einzelfall hinausgehen und allgemeine Gültigkeit beanspruchen[250].

---

248) Hanau-Adomeit S. 129; typisch z.B. Schlessmann aaO S. 20, der aus dem Gemeinschaftsgedanken weitere Hauptpflichten folgert, "die aus dem Ethischen entwickelt und deshalb auch nicht oder nur schwer im einzelnen aufgezählt werden können";

249) Etwa die Rechtsprechung zur gefahrgeneigten Arbeit entgegen § 276 BGB, vgl. Palandt-Putzo § 611 Anm. 14 b;

250) Z.B. die detaillierte Rechtsprechung zu Gratifikationsrückzahlungsklauseln, vgl. Palandt-Putzo § 611 Anm. 7e ec;

(2) Historische Funktion des Gemeinschaftsgedankens

Historisch betrachtet, besteht wenig Zweifel daran, daß die politische Funktion des Gemeinschaftsgedankens in der Betriebsverfassung auf die totale Unterwerfung des Arbeitnehmers unter die Koalition von Staats- und Unternehmerinteressen in Bezug auf eine reibungslos funktionierende Kriegswirtschaft gerichtet war. Da die Arbeitnehmer, ihrer gewerkschaftlichen Organisation beraubt, diesen kumulierten Interessen wehrlos gegenüber standen, wurde dieses Ziel auch erreicht[251].

Vor diesem geschichtlichen Hintergrund erscheint es wünschenswert, das Arbeitsrecht endgültig von allen Anklängen an nationalsozialistisches Gedankengut zu reinigen.

(3) Ziel auch innerhalb des BGB erreichbar

Da heute als gesichert angesehen werden kann, daß den Parteien jedes Schuldverhältnisses gegenseitige Nebenpflichten zur Rücksichtnahme, des Schutzes und der Förderung des Vertragszweckes sowie Sorgfalts-, Aufklärungs-,Rechenschafts-,Fürsorge- und Treuepflichten obliegen[252], lassen sich bereits aus diesen allgemeinen Gedanken des bürgerlichen Rechts auch die besonderen Fürsorge- und Treuepflichten des Arbeitsverhältnisses herleiten.

Zu ihrer Begründung bedarf es deshalb nicht mehr des Rückgriffs auf angeblich spezifisch arbeitsrechtliche besondere Beziehungen zwischen den Vertragsparteien wie das "personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis".

---

251) Rüthers AuR 70, 108;

252) Erman-Battes § 242 Rz 50 ff; Soergel-Knopp

gg) Zusammenfassung

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sowie von Literatur und Rechtsprechung nach Inkrafttreten des BGB war der Arbeitsvertrag ein normaler schuldrechtlicher Austauschvertrag, auf den der Allgemeine Teil sowie das Schuldrecht Allgemeiner Teil und somit auch §§ 323 ff BGB grundsätzlich anwendbar waren.

Angebahnt von Potthoff und Gierke wurde zunehmend die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts betont und vom Reichsgericht 1923 ausgesprochen, daß man für den Arbeitsvertrag nicht von den Vorschriften des BGB ausgehen dürfe. In der nationalsozialistischen Zeit wurde diese Ansicht in ständiger Rechtsprechung vertreten und nur noch nach dem Grundgedanken der gegenseitigen Treue- und Fürsorgepflicht entschieden.

Diese Rechtsprechung wirkte stark nach und bis auf den heutigen Tag wird mit dem Gemeinschaftsgedanken argumentiert und teilweise geprüft, ob eine Norm des BGB auf das Arbeitsverhältnis anwendbar ist.

Die neuere Literatur übt am Gemeinschaftsgedanken weitgehend heftige Kritik und wendet die Regeln der §§ 323 ff BGB auf das Arbeitsverhältnis an.

Gegen die Abkehr vom BGB und die Ersetzung von geschriebenem Recht durch generalklauselartige Formulierungen wie "Treue und Fürsorge" oder "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" spricht der damit verbundene Verlust an Rechtssicherheit.

---

§ 242 Rz 112 ff; Hanau-Adomeit S. 129;

Die historisch-politische Funktion des Gemeinschaftsgedankens sowie die Tatsache, daß er auch von der Rechtsprechung als Instrument zur Ausschaltung des Judentums mißbraucht wurde, sollten überdies zu höchster Vorsicht Anlaß geben.

Da nach heutigem Stand der Rechtsentwicklung auch im übrigen Schuldrecht weitgehende Nebenpflichten anerkannt sind, besteht auch von dieser Seite her kein Grund mehr, sich gegen die Anwendung der §§ 323 ff BGB zu wehren.

b) Unmöglichkeit durch die Kündigung selbst

In der älteren OLG-RSpr sowie vereinzelt in der Literatur wird vertreten, dem Arbeitnehmer werde die Erbringung der ihm obliegenden Leistung bereits durch die Kündigung selbst unmöglich.

Das OLG Marienwerder hat in seiner Entscheidung vom 8.4.1902[253] die damals von Staub[254] vertretene Ansicht, wegen § 295 BGB sei ein wörtliches Angebot erforderlich, ausdrücklich abgelehnt, da nicht §§ 615, 295 BGB, sondern § 324 BGB maßgeblich sei. Es handle sich um einen gegenseitigen Vertrag und der Gutsherr habe dem klagenden Verwalter durch die von ihm verschuldete Entlassung die Fortsetzung seiner Dienste unmöglich gemacht. Der Verwalter behalte deshalb gemäß § 324 BGB den Anspruch auf die vertragsmäßige Gegenleistung, ohne daß ein erneutes wörtliches Angebot erforderlich sei.

---

253) SeuffA Bd. 57, Nr. 190 - fristlose Kündigung eines Gutverwalters nach Verkauf des Gutes;

254) HGB, 6./7. Aufl., § 70 Anm. 1, aufgegeben in der 8. Aufl., nach der 9. Aufl. 1912 ist es bereits h.M., daß ein Angebot nicht erforderlich sei, soweit die Kündigung nicht vor Dienstantritt, während des Urlaubs oder außer-

Das OLG Kiel hielt in seiner Entscheidung vom 9.11.1903[255] die Leistung eines Handlungsgehilfen für unmöglich, nachdem der Arbeitgeber ausdrücklich erklärt hatte, daß er die Fortsetzung der Dienste nicht wolle. §§ 615, 295 BGB bezögen sich nur auf den Fall, daß der Dienst noch nicht angetreten gewesen sei. Da hier mit der Dienstleistung bereits begonnen worden sei, bleibe der Anspruch auf die Gegenleistung nach § 324 BGB ohne weiteres bestehen, wenn sich die Entlassung als ungerechtfertigt darstelle und der Arbeitgeber die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten habe[256].

Aus dem Hinweis auf das Verschulden in beiden Fällen muß gefolgert werden, daß die Gerichte § 324 Abs. 1 BGB anwandten.

aa) Abgrenzung zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit

Voraussetzung dieser Rechtsprechung ist die Annahme, die ausdrückliche oder konkludente Erklärung des Arbeitgebers, die Leistung nicht (mehr) annehmen zu wollen, mache dem Arbeitnehmer die Erbringung der Dienstleistung unmöglich.

---

halb der Geschäftszeit erfolge und das Angebot nicht unzumutbar sei;

255) SeuffA Bd. 59, Nr. 91;

256) Ebenso KG vom 19.3.1908, OLGE 17, 403; zust. Staub-Bondi, 9.Aufl., § 70 Rz 4; Fieberg DJZ 1904, 486; Nikisch RdA 67, 244; ablehnend KG OLGE 7, 472, das den Arbeitnehmer auf §§ 626, 627 BGB verweist; Oertmann, 3./4. Aufl., § 615 Anm. 2 c; Lotmar Bd. 2 S. 253; einschränkend auf den Fall des Hausverbots Hamm JW 1909, 722 und Römer DJZ 1903, 340;

Da in diesen Fällen als andere Leistungsstörung nur Gläubigerverzug in Frage kommt, muß zwischen diesem und der Leistungsunmöglichkeit abgegrenzt werden.

(1) Abgrenzung nach allgemeinen Regeln

Während eine unmöglich gewordene Leistung nicht mehr erbracht werden kann, berührt der Verzug grundsätzlich nur den Leistungszeitpunkt und setzt Nachholbarkeit der Leistung voraus[257].

Da sich diese Voraussetzungen gegenseitig denknotwendig ausschließen[258], kann bei Eintritt der Unmöglichkeit Verzug nicht mehr vorliegen. Dabei kommt es nicht darauf an, wer das Leistungshindernis zu vertreten hat[259].

Unmöglichkeit liegt nach h.M. auch vor, wenn die Leistung lediglich an der fehlenden Mitwirkung des Gläubigers scheitert, aber nicht mehr nachholbar ist, also z.B. bei einem absoluten Fixgeschäft[260].

Nach früher h.M. wurde auch eine Leistung als unmöglich angesehen, die zwar nicht logisch und physisch unmöglich ist, deren Erfüllung aber solche

---

257) Erman-Battes § 284 Rz 5;

258) H.M.;MünchKomm-Walchshöfer § 293 Rz 4; Larenz, Schuldrecht I S. 315; Fabricius aaO S. 56; aA Kohler, Lehrbuch S. 349; Oertmann AcP 116, 10 ff;

259) MünchKomm-Walchshöfer § 293 Rz 6;

260) Larenz, Schuldrecht I § 25 I; MünchKomm-Walchshöfer § 293 Rz 6; Beuthien, Zweckstörung S. 237; dazu unten D IV 6 c;

Hindernisse entgegenstehen, daß sie dem Schuldner nach Treu und Glauben unter Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht mehr zugemutet werden kann[261]. Heute wird in diesen Fällen Unmöglichkeit überwiegend abgelehnt und die Opfergrenze nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gezogen[262].

(2) Abgrenzung im Arbeitsrecht

Auch im Arbeitsrecht schließen Annahmeverzug und Leistungsunmöglichkeit sich nach allgemeiner Meinung gegenseitig aus[263].

Das BAG hebt jedoch in AP Nr. 18 zu § 615 BGB hervor, "daß sich die Begriffe des Annahmeverzugs und der Leistungsunmöglichkeit weitgehend verzahnen und ineinander übergehen". Unmöglich im rechtstechnischen Sinne von § 324 Abs. 1 BGB sei eine Arbeitsleistung nur dann, wenn man unterstelle, der Arbeitgeber sei zur Annahme der Arbeit bereit gewesen und unter dieser Hypothese die Frage stelle, ob dem Arbeitnehmer dann die Arbeit unmöglich gewesen sei, denn in § 615 BGB müßten die Begriffsbilder des Annahmeverzugs und der Leistungsunmöglichkeit mit sich gegenseitig ausschließenden Voraussetzungen und Wirkungen zur Geltung kommen. Damit hat sich das BAG der sog. Abstrahierungsformel[264] angeschlossen.

---

261) Fabricius aaO S. 34 mwN; Staudinger-Werner, 11. Aufl., Rz 8-10 vor § 275; Schnorr Anm. zu BAG AP Nr. 28 zu § 615 BGB für Beleidigung des Arbeitnehmers;

262) Staudinger-Löwisch § 275 Rz 6; Palandt-Heinrichs § 275 Anm. 1 e; aA Hueck-Nipperdey, Bd. I § 34 IV;

263) BAG AP Nr. 20 und 29 zu § 615 BGB; BAG DB 69,

Unmöglichkeit liegt danach z.B. vor, wenn der Arbeitnehmer mangels Einreiseerlaubnis nicht an den Arbeitsplatz zurückkehren kann[265], bei unüberwindlichen rechtlichen Hindernissen[266] oder bei Wegfall des Leistungssubstrats[267], nicht aber, wenn der Dienstverpflichtete die Leistung zwar weder erbringen noch nachholen kann, dies aber aus dem Verhalten des Dienstberechtigten resultiert, ohne daß diesem die Annahme oder Mitwirkungshandlung auf Dauer unmöglich geworden ist[268].

Diese Rechtsprechung hat weitgehende Zustimmung gefunden und kann als heute h.M. bezeichnet werden[269], soweit es sich nicht um den Wegfall des Leistungssubstrats handelt, dessen Bewertung nach wie vor streitig ist[270].

446; Fabricius aaO S. 56; Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 615 Rz 6;

264) Enneccerus-Lehmann § 57 II 1 b; vgl. unten S. 95;

265) BGH 10, 187;

266) BAG AP Nr. 29 zu § 615 BGB für einen jugoslawischen Arzt, dem Approbation und Sondergenehmigung fehlten;

267) BAG NJW 69, 766 für den vom Arbeitgeber verschuldeten Brand;

268) Erman-Battes Rz 7 ff vor § 293; RGRK-Alff § 293 Rz 6; BGHZ 24, 91 (96) für freiberufliche Berater bei Einstellung des beratenden Betriebes;

269) Hueck Anm. zu BAG AP Nr. 18 zu § 615 BGB; Schaub AR-Blattei Annahmeverzug B II 3; Wiedemann aaO S. 84; Larenz, Schuldrecht I § 25 Ic; ähnlich Neumann-Duesberg DB 69, 261, wonach Unmöglichkeit iSd § 324 Abs. 1 BGB nur vorliegt, wenn der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung unfähig ist, also z.B. in U-Haft sitzt oder krank ist; Enneccerus-Lehmann § 57 II 1b; Staudinger-Werner, 11. Aufl., § 293 Rz 2-8;

270) Staudinger-Löwisch Rz 4 vor § 293 und § 275 Rz 9, 10; Beuthien, Zweckerreichung 230 ff;

Hingegen steht Nikisch der Argumentation des BAG, die Begriffsbilder des Annahmeverzugs und der Leistungsunmöglichkeit müßten mit sich gegenseitig ausschließenden Voraussetzungen und Wirkungen zur Geltung kommen, ablehnend gegenüber. Die Wirkungen könnten sich im Falle der fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers nicht ausschließen, weil sie, wie ein Blick auf §§ 615 und 324 Abs. 1 BGB zeige, beidemale die gleichen seien. Und was die Voraussetzungen angehe, so sei es sehr gut denkbar, daß der Annahmeverzug des Arbeitgebers die Leistung des Arbeitnehmers nicht nur verhindere, sondern geradezu unmöglich mache[271].

(3) Die Betriebsrisikolehre als Abgrenzungskriterium

Ist das Unterbleiben der Arbeitsleistung von keinem Teil zu vertreten und greifen keine Spezialnormen wie etwa § 1 LFZG oder § 11 MuSchG ein, so hängt der Lohnanspruch davon ab, ob Annahmeverzug (dann § 615 mit fortbestehendem Anspruch) oder Unmöglichkeit der Arbeitsleistung (dann § 323 und Wegfall des Anspruchs auf die Gegenleistung) vorliegt[272].

Kann z.B. wegen Stromausfall nicht gearbeitet werden, so liegt nach allgemeinen Grundsätzen objektive Unmöglichkeit der Leistung vor, die von keiner Seite zu vertreten ist. Dennoch wäre es nach allgemeiner Meinung unbillig, die Arbeitnehmer hier auf § 323 BGB zu verweisen und sie damit ihres Lohnanspruchs verlustig gehen zu lassen.

---

271) RdA 67, 244;

272) Dazu instruktiv BAG DB 69, 446;

Während vor Inkrafttreten des BGB bestritten war, ob dem Dienstverpflichteten der Anspruch auf die Gegenleistung nicht auch dann zustehe, wenn die Dienstleistung durch einen nicht in der Person des Dienstberechtigten eingetretenen Zufall unmöglich geworden ist[273], wurde in den Beratungen des Reichstages bei Störung eines Fabrikbetriebes teils objektive Unmöglichkeit angenommen und der Lohnverlust für angemessen gehalten[274].

Hingegen vertrat Crome schon 1902 die Ansicht, es gehe nicht an, "das zufällige Hindernis schlechthin auch für den Herrn befreiend wirken zu lassen" und im einen wie im anderen Fall liege Annahmeverzug des Dienstherrn vor[275].

Die vom Reichsgericht anläßlich eines Straßenbahnerstreiks entwickelte sog. Sphärentheorie, die von RAG und BAG fortgeführt und zu einer arbeitsrechtlichen Betriebsrisikolehre ausgebaut wurde, nimmt für einen bestimmten Bereich von Fällen, die eigentlich unter den Begriff der objektiven Unmöglichkeit fallen würden, die Abgrenzung nicht nach den Kategorien Annahmeverzug und Unmöglichkeit, sondern danach vor, ob die Leistungsstörung in die Risikosphäre des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers fällt und zwar gerade unabhängig davon, ob formal Verzug oder Unmöglichkeit vorliegt[276].

---

273) Mugdan, Motive zu § 561, S. 257 f;

274) Mugdan, Prot. II zu §§ 561, 562, S. 900;

275) Crome aaO S. 653;

276) RGZ 106, 272; RAG 3, 116 (120 ff); RAG ARS 43, 167 (170): die Auseinandersetzung des Deutschtums mit dem internationalen Judentum sei in ihren privatrechtlichen Auswirkungen, wie z.B. den Ereignissen vom Nov. 1938, für die betroffenen jüdischen Unternehmen als Betriebsrisiko zu werten und die Lohnzahlungspflicht danach grundsätzlich zu bejahen; BAG AP Nr.1,2,

Dabei rechtfertigt nach h.M. das arbeitsrechtliche Schutzprinzip die grundsätzliche Zuweisung des Betriebsrisikos an den Arbeitgeber, da der Arbeitnehmer den Verlust wirtschaftlicher Selbständigkeit gegen die Sicherstellung seines Lebensunterhaltes eintauscht und der Mangel an ökonomischer Flexibilität durch eine gewisse Garantie der Daseinsvorsorge kompensiert werde. Dem würde es widerstreiten, wenn der Arbeitgeber bei beiderseits nicht zu vertretenden Leistungsstörungen den Arbeitnehmer auf § 323 BGB verweisen könnte[277].

Nach Meinung Fikentschers verwirklicht die Sphärentheorie die Grundgedanken der §§ 615 und 323 BGB. Unter § 615 BGB fallen deshalb nach Fikentscher diejenigen Fälle, in denen der Dienstberechtigte entweder nicht annehmen will oder aus einem in seiner Sphäre liegenden Grund, verschuldet oder unverschuldet, nicht annehmen kann, da auch Fälle des Nichtkönnens von der Sphärentheorie dem Unternehmerrisiko zugerechnet würden.

---

3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Fabricius aaO S. 57 mwN; Erman-Küchenhoff, § 615 Rz 4, 10 mwN; Beuthien, Zweckstörung, S. 232; BVerfGE 3, 162 (176 ff) für Wegfall staatlicher Betriebe durch die Kapitulation; nach LAG Dü AuR 76, 120 gehört ein Annahmeverbot nach § 12 Abs. 1 AZO zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers; teilweise finden sich auch tarifvertragliche Regelungen für die Aufteilung des Betriebsrisikos, vgl. BAG AP Nr. 14 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Enneccerus-Lehmann § 147 III 2: §§ 615, 323 sind unzulänglich und ermöglichen keine befriedigende Lösung der Frage, wer das Betriebsrisiko zu tragen hat; Hanau-Adomeit S. 178:Die Sphärentheorie ist nur deshalb erforderlich, weil die Leistung des Arbeitnehmers nach BAG unmöglich wird und deshalb kein Verzug mehr möglich ist; LAG Hamm AP 53 Nr. 241: Leistung bei Auftragsmangel nicht unmöglich;

277) Esser-Schmidt, § 23 II

Unmöglichkeit sei erst anzunehmen, wenn "ein seiner allgemeinen Natur nach von außen kommendes Ereignis beide Seiten hindere, die Dienste zu leisten und anzunehmen". Das Ereignis müsse beide Sphären treffen und dürfe nicht nur aus der Sphäre des Dienstherrn kommen. § 324 BGB sei deshalb beispielsweise anwendbar, wenn ein Fuhrunternehmer seinen einzigen LKW verkaufe und der Fahrer deshalb nicht mehr arbeiten könne[277a]. Der Unmöglichkeitsbegriff bedürfe bei Dauerschuldverhältnissen einer einengenden Auslegung, da wegen des Zeitfaktors nicht rechtzeitig geleistete oder angenommene Dienste dadurch unmöglich würden oder mangels Verschulden die Lohnzahlungspflicht entfalle[278]. In der Unterscheidung von Annahmeverzug und Unmöglichkeit liege bei Dauerschuldverhältnissen notwendig eine Aufteilung der Hinderungsgründe in die Sphären von Gläubiger und Schuldner.
Fikentscher benutzt also die Betriebsrisikolehre als Abgrenzungskriterium zwischen Verzug und Unmöglichkeit und bestimmt danach, ob § 615 BGB oder §§ 323 ff BGB gegeben sind.

bb) Stellungnahme

(1) Nach allgemeinen Regeln begründet die Kündigung selbst entgegen den eingangs (oben S. 86, 87) genannten Entscheidungen keine objektive Unmöglichkeit im naturwissenschaftlichen Sinne, da die Leistung ja möglich wäre, wenn nur alle Beteiligten wollten.

277a) Anm. d. Verf.: Dieses Ergebnis kommt aber gerade nicht von außen, sondern beruht ausschließlich auf der freien Willensentschließung des Unternehmers;

278) Fikentscher, Schuldrecht § 79 II 4 e;

(2) Durch die Kündigung könnte allerdings die weitere Dienstleistung dem Arbeitnehmer unzumutbar geworden sein und nach einer Mindermeinung, die sowohl im allgemein zivilistischen als auch im arbeitsrechtlichen Bereich vertreten wird, deswegen Unmöglichkeit vorliegen.

§ 295 S. 1 F. 1 BGB beweist aber eindeutig, daß der Gesetzgeber aus der vorherigen Ablehnung einer Leistung nicht Unmöglichkeit resultieren lassen wollte, sondern darin grundsätzlich ein Problem des Annahmeverzugs sah.

Außerdem würde auf diesem Weg der ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriff "Zumutbarkeit" an die Stelle des grundsätzlich allein entscheidenden und objektiv bestimmbaren Kriteriums der Nachholbarkeit der Leistung treten. Der Unmöglichkeitsbegriff würde also subjektiviert und vom Willen der Beteiligten abhängig gemacht. Unmöglichkeit ist aber ein objektiver Begriff und hängt nur vom Vorliegen oder Nichtvorliegen bestimmter Umstände ab.

(3) Nach der von RSpr. und h.M. im Arbeitsrecht benutzten Abstrahierungsformel liegt Unmöglichkeit im rechtstechnischen Sinne von § 324 BGB nur vor, wenn die Annahmebereitschaft des Arbeitgebers unterstellt und unter dieser Hypothese gefragt wird, ob dem Arbeitnehmer dann die Arbeit möglich gewesen sei. Der Abgrenzung nach dieser Formel ist beizupflichten, da sie das Vorliegen der Unmöglichkeit vom Willen des Arbeitgebers unabhängig macht.

Verunglückt ist allerdings die Formulierung des BAG, die Begriffsbilder des Annahmeverzugs und der Leistungsunmöglichkeit müßten mit sich gegenseitig ausschließenden Voraussetzungen und Wirkungen zur Geltung kommen, wie die Kritik Nikischs beweist.

(4) In ihrer klassischen Form setzt die Betriebsrisikolehre Unmöglichkeit voraus, da sie gerade das unbillig erscheinende Ergebnis, das aus der Anwendung des § 323 BGB folgt, vermeiden will.

Zur Abgrenzung von Annahmeverzug und Unmöglichkeit ist sie jedoch untauglich, da sie das objektiv fassbare Kriterium der Nachholbarkeit der Leistung mit wertenden Elementen wie Sphäre und Betriebsrisiko vermischt[279].

Darüber hinaus würden auch nach der Betriebsrisikolehre die Fälle, in denen der Gläubiger nicht annehmen will, gerade nicht nach § 323 BGB, sondern gem. § 615 BGB behandelt, so daß auch mit diesem Argument die bloße vorherige Ablehnungserklärung nicht zu Unmöglichkeit führen kann.

(5) Zusammenfassend ist deshalb zu sagen, daß die eingangs genannten Entscheidungen und die ihnen zugrunde liegende Annahme, die Kündigung selbst begründe bereits Unmöglichkeit der Leistung unter keinem möglichen Gesichtspunkt haltbar sind.

c) Unmöglichkeit wegen des Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung, § 324 Abs. 1 BGB

Nimmt man mit der wohl h.M. an, daß es sich bei der Erbringung von Arbeitsleistungen um absolute Fixschulden handelt, so wird die Leistung unmöglich, wenn sie zur festgesetzten Zeit nicht erbracht wird[280].

---

279) Vgl. Wiedemann S. 85;

280) Nikisch Bd. I S. 276; Oertmann AcP 116, 11; BAG AP Nr. 18 zu § 615 BGB: genau genommen mache jeder Annahmeverzug des Arbeitgebers durch Zeitablauf dem Arbeitnehmer auch die Leistung unmöglich; Erman-Battes Rz 15 vor

Im Unterschied zur oben b) erörterten Meinung wird die Unmöglichkeit der Leistung nicht bereits aus der Kündigungserklärung bzw. der Annahmeverweigerung als solcher gefolgert, sondern tritt erst **ein, wenn die Leistungszeit ungenutzt verstrichen ist**[281].

Danach bleibt dem Arbeitnehmer der Anspruch auf die Gegenleistung gem. § 324 Abs. 1 BGB auch dann erhalten, wenn die von §§ 615, 293 ff BGB geforderten Voraussetzungen des Annahmeverzugs nicht vorliegen. Dafür ist im Gegensatz zu § 615 BGB Verschulden des Gläubigers erforderlich, da andernfalls § 323 BGB eingreift und der Lohnanspruch entfällt.

Voraussetzungen dieses Lösungsweges sind also der Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung und Verschulden des Arbeitgebers.

---

§ 293: Annahmeverzug scheide begrifflich, mindestens aber praktisch aus;

281) Beuthien, Zweckerreichung S. 249 f: Verzugseintritt setze voraus, daß ein - wenn auch noch so geringer - Teil der Leistungszeit verstrichen sei; damit sei die nicht nachholbare Dienstleistung insoweit auch schon unmöglich und es trete sofort Teilunmöglichkeit der Gesamtleistung mit der Folge des § 324 Abs. 1 BGB ein; idS läßt sich auch Erman-Battes § 284 Rz 5 verstehen, der bei gleichzeitigem Eintritt von Verzug und Unmöglichkeit - was er allerdings begrifflich für undenkbar hält - letzterer den Vorrang einräumen will; BAG AP Nr. 18 zu § 615 BGB hat das Problem wohl gesehen, sich aber nicht darauf eingelassen;

aa) Zum Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung

(1) Die Vorstellungen des Gesetzgebers

Die 1. Kommission ging davon aus, "daß dem Dienstvertrage regelmäßig die Eigenschaft einer Art von Fixgeschäft beiwohne"[282]. Diese Überlegung diente aber lediglich als Stütze für "das gedachte Prinzip", nach dem die Zurverfügungstellung der Leistung bei Miet- und Dienstverträgen die Wirkung der Erfüllung haben sollte[283]. Dieses Prinzip, das in § 615 BGB in modifizierter Form verwirklicht werden sollte, befreie den Dienstverpflichteten über die Folgen des Annahmeverzugs hinaus von der Verbindlichkeit der nachträglichen Leistung der Dienste[284].

(2) Rechtsprechung und h.M.

Der Fixgeschäftcharakter der Dienstleistungspflicht wurde seitens der Literatur von Anfang an weitgehend bejaht[285].
Nach heute h.M. ist wenigstens die Arbeitspflicht absolute Fixschuld, da sie jedenfalls in der Zeit, in der sie geleistet werden sollte, nicht mehr getan werden könne[286].

---

282) Prot. I S. 2266; Motive II zu § 561, S. 461;

283) Vgl. Prot. I S. 2263 ff;

284) Prot. I S. 2266;

285) Türcke-Niedenführ-Winter § 615 Anm. 1; Oertmann AcP 116, 2 und § 615 Anm. 2; vorsichtig Richter aaO S. 80: in § 615 BGB äußere sich die Zeitgebundenheit der Arbeit besonders deutlich; Heck, Schuldrecht S. 338: "daß der Verzug der Annahme idR ein Unvermögen des Dienstpflichtigen zur Folge hat";

286) Palandt-Heinrichs § 271 Anm. 2 und § 611 Anm. 3 c; Söllner aaO § 32 und AcP 167, 139; Neumann-Duesberg DB 69, 261; Nikisch § 26

Werde versäumte Arbeitszeit nachgeholt, so erbringe der Arbeitnehmer nicht mehr die ursprünglich geschuldete Leistung, sondern leiste Schadensersatz. Dafür spreche auch der Wortlaut des § 615 BGB "Nachleistung"[287].

Sei der für die Arbeitsleistung bestimmte Zeitraum vorüber, so könne der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht mehr erbringen, weil er bei Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bereits eine neue Leistung schulde und bei dessen Beendigung seine Arbeitskraft zum Erwerb seines Lebensunterhalts einsetzen müsse. Hieraus folge der Grundsatz, daß der Arbeitnehmer während der Dauer des Annahmeverzugs von der Arbeitsleistung befreit sei, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein[288]. Der Aufwand des Dienstpflichtigen sei seine Arbeitszeit. Die Zeit aber laufe weiter, wenn auch die Arbeit nicht

---

III 1 und RdA 67, 244; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch S. 179; Hueck-Nipperdey § 34 IV; Kalb aaO S. 95:"Hinsichtlich dieser Teilleistungen besitzt die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers Fixschuldcharakter, was sich dahin auswirkt, daß die in dem jeweiligen Bezugszeitraum unterbliebene Arbeitsleistung nicht mehr nachholbar und somit endgültig unmöglich ist. Dies gilt zumindest für alle Vollzeitarbeitsverhältnisse ohne Rücksicht auf eine etwaige Befristung"; BAG AP Nr. 18 zu § 615 BGB:"genau gesehen" mache jeder Annahmeverzug des Arbeitgebers durch Zeitablauf dem Arbeitnehmer die konkret geschuldete Leistung unmöglich; Fikentscher § 79 II 4 e: Verzug ist gleich "Unmöglichkeit in einem weiteren Sinne";

287) Söllner AcP 167, 139; Sigel aaO S. 74;

288) Schaub, AR-Blattei Annahmeverzug A II; Söllner AcP 167, 139;

angenommen werde. Nachleistung würde ein neues Opfer fordern und die ursprüngliche Opfergrenze überschreiten[289].

(3) Mindermeinung in der Literatur

Entsprechend der einschränkenden Formulierung in Prot. I und den Motiven[290] bejahte bereits Sigel den Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung nur, soweit das Moment der Arbeitszeit zum wesentlichen Inhalt der dem Arbeiter obliegenden Leistung gehörte[291].

Ein erheblicher Teil der neueren Literatur drückt sich sehr vorsichtig aus[292] oder macht deutlich, daß es sich wenigstens nicht grundsätzlich und immer um eine absolute Fixschuld handelt[293].

---

289) Heck, Schuldrecht S. 338;

290) **Vgl. oben S. 98 und Fn. 282;**

291) aaO S. 73 ff;

292) Vgl. z.B. Grunsky JuS 67, 62: "Nachholung häufig nicht mehr möglich"; Fabricius aaO S. 98: "idR Charakter einer Fixschuld"; Zöllner aaO § 18 IV: "versäumte Arbeitsleistung meist als unmöglich anzusehen"; Hanau-Adomeit aaO G V 3: "faktisch wird ein Nachholen der ausgefallenen Arbeit häufig möglich sein";

293) Larenz, Schuldrecht I § 21 I c und Hanau-Adomeit aaO G V 3 sprechen von der "an sich möglichen Nachleistung", wobei Larenz § 615 BGB mit Erst-recht-Schluß zur nachholbaren Leistung entsprechend anwenden will und auf Köhler aaO verweist, der jedoch Gesamtanalogie zu §§ 552, 615 BGB annimmt; Esser-Weyers § 29 I 2: die Behandlung des Dienstvertrages als absolutes Fixgeschäft gelte erst recht, wenn die Leistung wirklich unmöglich geworden sei, richtiger sei jedoch die Formulierung, daß dies nach § 615 BGB keine Bedeutung habe;

Am eingehendsten mit dem Problem auseinandergesetzt hat sich wohl Beuthien[294]. Kritisch weist er daraufhin, daß es im Arbeitsvertrag weder Gläubigernoch Schuldnerverzug gäbe, wenn die Arbeitspflicht schon von sich aus strenge Fixschuld wäre. Wer den Fixschuldcharakter der Arbeitspflicht behaupte, erkläre, daß § 615 BGB insoweit auf Arbeitsverhältnisse unanwendbar sei, denn der Arbeitgeber mache die Arbeitsleistung durch die Nichtannahme gleichzeitig unmöglich. Haftungsmilderung (§ 300 BGB) und Mehrkostenersatz (§ 304 BGB) zugunsten des Schuldners hätten aber nur Sinn, wenn dieser weiterhin schulde. Der Gesetzgeber hätte sich § 615 BGB sparen können, jedenfalls dort nicht von Annahmeverzug gesprochen, wenn er davon ausgegangen wäre, daß jede Nichtannahme von Arbeit durch den Arbeitgeber die Unmöglichkeit der Leistung bewirke. Der besondere und sonst überflüssige Ausschluß der Nachleistung in § 615 S. 1 BGB zeige, daß der Fixschuldcharakter jeder Arbeitsleistung nicht aus dem BGB beweisbar sei[295].
Insbesondere seien Dienstleistungen in befristeten und vorübergehenden Dienstverhältnissen nachholbar, da dort der Schuldner die ausgefallenen Dienste an die ausgemachte Dienstzeit anhängen könne[296].
Nicht unter § 615 BGB falle hingegen z.B. das Servieren auf einer geplanten, später ausfallenden Veranstaltung. Die Dienstleistungspflicht erlösche

---

294) Zweckerreichung S. 246 ff und RdA 72, 20 ff;
295) RdA 72, 22 ff;
296) Zweckerreichung S. 247;

immer dann nach § 275 Abs. 1 BGB, wenn die weiterhin geschuldete Dienstleistung dem Arbeitnehmer keine Zeit lasse, die ausgefallenen Arbeitsstunden nachzuholen[297]. § 615 BGB habe demnach nur noch bei Dienstverträgen und ausnahmsweise bei nachholbaren Arbeitsleistungen Bedeutung; im übrigen lasse sich aus ihm nur erschließen, daß der Arbeitgeber die durch die Nichtannahme der Arbeit verursachte Leistungsunmöglichkeit iSv § 324 Abs. 1 BGB zu vertreten habe[298]. Nach den Vorstellungen der Beteiligten, also von Arbeitnehmern und Arbeitgebern, sei Nachleistung aber jedenfalls vertragstypisch abbedungen und die Arbeitspflicht habe deshalb vertragstypisch den Charakter einer strengen Fixschuld[299].

(4) Stellungnahme

Aus dem Wortlaut des § 615 S. 1 BGB ergibt sich, daß Dienst- und Arbeitsleistungen zumindest nicht immer absolute Fixschulden sind, da andernfalls Gläubigerverzug logisch nicht möglich und der ausdrückliche Ausschluß der Nachleistungspflicht in § 615 S. 1 BGB nicht erforderlich wäre.

Die "sozialen" Argumente der h.M. überzeugen demgegenüber nicht, denn grundsätzlich ist nicht einzusehen, warum dem Arbeitnehmer die Nachholung versäumter Arbeitszeit weniger zumutbar sein soll, als etwa die Ableistung von Überstunden oder das "Hereinarbeiten" ausgefallener Tage (wie z.B. dem Rosenmontag) außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit.

---

297) Zweckerreichung S. 246;

298) RdA 72, 22;

299) RdA 72, 22; ähnlich Kaskel-Dersch § 26 II: strenge Fixschuld regelmäßig Bestandteil des Leistungsversprechens;

Die Begrenzung der regelmäßigen werktäglichen Arbeitszeit auf acht Stunden in § 3 AZO steht dem nicht entgegen: Die Ausnahmetatbestände der §§ 5 ff AZO lassen eine Verlängerung auf maximal 10 Stunden täglich zu und außerdem ist auch der Samstag nach wie vor ein Werktag.

Das Argument, der Arbeitnehmer müsse seine Arbeitskraft zum Erwerb seines Lebensunterhalts einsetzen und könne deshalb nicht nachleisten, zeigt ganz deutlich, warum der h.M. die Annahme des Fixschuldcharakters als wünschenswert erscheint. Da § 615 S. 1 BGB aber ohnehin schon ausdrücklich anordnet, daß eine Verpflichtung zur Nachleistung nicht besteht, gibt es keinerlei Grund, auf dem Fixschuldcharakter zu beharren.

Die Pflicht zur Arbeitsleistung ist also grundsätzlich keine absolute Fixschuld. Allerdings ergibt sich aus den Sachzwängen des Produktionsablaufes bzw. aus der Eigenart der zu erbringenden Dienstleistung häufig deren mangelnde Nachholbarkeit, etwa wenn die Arbeitsstätte außerhalb der normalen täglichen Dienstzeit geschlossen ist oder die Leistung nur im Verein mit anderen Arbeitnehmern erbracht werden kann, wie z.B. bei Fließbandarbeitern.

bb) Verschulden

Neben Unmöglichkeit der Arbeitsleistung setzt § 324 Abs. 1 BGB Verschulden des Arbeitgebers voraus.

Die Annahme der geschuldeten Leistung ist grundsätzlich keine Pflicht des Gläubigers, sondern lediglich eine Obliegenheit[300], deren Nichterfüllung nur ein Verschulden gegen sich selbst darstellt.

---

300) Fn. 23;

Rechtsprechung und h.M. nehmen jedoch zu Recht ein Vertreten müssen iSd § 324 Abs. 1 BGB bereits dann an, wenn der Gläubiger die Pflicht verletzt hat, den Vertragszweck zu fördern und alles zu unterlassen, was den Leistungserfolg gefährden könnte[301]. Dazu gehört auch die Nichtannahme der Leistung[302].

Verschulden wird ferner immer dann angenommen, wenn das Leistungshindernis bzw. die Ursache der Unmöglichkeit aus dem gem § 242 BGB abzugrenzenden Gefahrenkreis des Gläubigers hervorgegangen ist[303]. Danach hat es der Arbeitgeber z.B. auch zu vertreten, wenn er an die Berechtigung zur Kündigung geglaubt[304] und sich in einem schuldlosen Rechtsirrtum befunden hat, da auch diese Ursache aus seiner Sphäre kommt. Ferner muß sich der Arbeitgeber nach § 278 BGB das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen, da er bei zu vertretender Unmöglichkeit nicht in geringerem Umfang haften kann, als bei unverschuldeter Unmöglichkeit gem. der Lehre vom Betriebsrisiko[305].

Verschulden iSv § 324 Abs. 1 BGB liegt also in den hier untersuchten Fällen praktisch immer vor.

---

301) Palandt-Heinrichs § 324 Anm. 2 b; BGH 38, 192; RGZ 166, 147;

302) Beuthien RdA 72, 23; Sigel aaO 77: Annahmeverzug ist ein Umstand, den der Arbeitgeber zu vertreten hat;

303) Palandt-Heinrichs § 293 Anm. 2 b und § 324 Anm. 2 c; Beuthien, Zweckerreichung S. 80 ff; Esser-Schmidt aaO § 23 II: das Vertreten müssen in § 324 Abs. 1 BGB muß im Sinne einer sphärenbezogenen Verantwortlichkeit verstanden werden;

304) Nach Hueck, Anm. zu AP Nr. 2 zu § 615 Böswilligkeit der Regelfall;

305) BAG NJW 69, 766;

cc) Stellungnahme

Denkt man die h.M. vom Charakter der Arbeitsleistung als absoluter Fixschuld konsequent zu Ende, so hat die Nichterbringung von Arbeitsleistungen immer Unmöglichkeit zur Folge, die wegen des weit gefaßten und sphärenbezogenen Verschuldensbegriffs der h.M. zum Erhalt des Lohnanspruchs gem. § 324 Abs. 1 BGB führt.

Es kommt nicht mehr darauf an, ob der Arbeitnehmer arbeitsfähig und arbeitswillig ist und er seine Leistung tatsächlich oder wörtlich angeboten hat. Das Erfordernis eines Angebots der Arbeitsleistung und § 615 BGB werden nach dieser Ansicht außer Kraft gesetzt.

Das BAG ist auf die mögliche Lösung über § 324 BGB wohl auch deshalb nicht eingegangen, weil sie mit der oben S. 89 und 95 dargestellten und bejahten sog. Abstrahierungsformel jedenfalls dann kollidiert, wenn die Leistung nur am Verhalten des Arbeitgebers scheitert. In diesen Fällen muß für die Abgrenzung zwischen Gläubigerverzug und Unmöglichkeit nach BAG und h.M. gefragt werden, ob die Leistung bei unterstellter Mitwirkung des Gläubigers möglich wäre. Nach dieser Abstrahierungsformel ist in den Fällen vorheriger Ablehnung nahezu immer Annahmeverzug gegeben, da die Mitwirkung des Arbeitgebers regelmäßig noch möglich wäre.

Daneben ergibt sich bei diesem Lösungsweg eine Umkehrung des normalen Verhältnisses zum Verzug. Unmöglichkeit beinhaltet nach der gesetzlichen Regelung eine erheblich massivere Leistungsstörung als Verzug. Während deshalb § 324 Abs.1 BGB Verschulden fordert und dafür den Anspruch auf die Gegenleistung erhält, verlangt der Gläubigerverzug kein Verschulden, hat aber auch weniger einschneidende Folgen(vgl.§§ 300 ff,

von denen § 615 BGB eine Ausnahme ist). Nach dem hier erörterten Lösungsweg wird dieses Stufenverhältnis umgekehrt, da die verschuldensabhängige Unmöglichkeitsvorschrift des § 324 Abs. 1 BGB leichter eingreift als die lediglich von einem Angebot abhängige des § 615 BGB.

Schränkt man die These vom Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung mit der hier vertretenen Meinung dahingehend ein, daß die Nachholbarkeit der Leistung im Einzelfall geprüft werden muß, so bleibt ein erheblicher Teil der Fälle über Unmöglichkeitsrecht lösbar.

Hinzu kommen die Schwierigkeiten der Abgrenzung von nachholbaren und nicht nachholbaren Leistungen, die zu einer eingehenden Untersuchung der arbeitstechnischen und betrieblichen Gegebenheiten nötigen.

Nach alledem muß es auch in den Fällen, in denen die Arbeitsleistung wegen der Ablehnungserklärung durch Nichterbringung zur maßgeblichen Zeit unmöglich wird, bei der Regelung des § 615 BGB bleiben.

dd) Zusammenfassung

Die Vorstellung von Rechtsprechung und h.M., bei der Arbeitsleistung handle es sich um eine absolute Fixschuld, ist in dieser Allgemeinheit aus dem Gesetz nicht zu begründen und zum bezweckten Schutz des Arbeitnehmers auch nicht erforderlich.

Hinsichtlich des Verschuldensbegriffs in § 324 Abs. 1 BGB ist ein weiter und sphärenbezogener Maßstab anzulegen.

Die h.M. zieht die Konsequenz aus dem behaupteten Fixschuldcharakter nicht, während nach einigen wenigen Literaturstimmen nur noch §§ 323 ff BGB anwendbar sein sollen.

Mit der Annahme von Unmöglichkeit bei Nichterbringung der Arbeitsleistung wird § 615 BGB außer Kraft gesetzt, die gesetzliche Stufenfolge von Annahmeverzug und Unmöglichkeit umgekehrt und über die zur Abgrenzung von Annahmeverzug und Unmöglichkeit dienende Abstrahierungsformel stillschweigend hinweggegangen.

Nimmt man hinsichtlich des Fixschuldcharakters eine Einzelprüfung vor, so ergibt sich zusätzlich die Schwierigkeit der Abgrenzung.

Als Zwischenergebnis ist deshalb festzuhalten, daß der vom BAG in AP Nr. 18 zu § 615 BGB angedeutete und von Beuthien vertretene Lösungsweg über § 324 Abs. 1 BGB nicht akzeptabel ist.

d) Unmöglichkeit während des Annahmeverzugs, § 324 Abs. 2 BGB

Wird die Leistung zu einer Zeit unmöglich, zu welcher der Gläubiger im Annahmeverzug ist, so behält der Schuldner gem. § 324 Abs. 2 BGB seinen Gegenanspruch.

Von den Voraussetzungen her erweitert § 324 Abs. 2 BGB den Abs. 1 insofern, als es nicht auf ein Verschulden des Gläubigers an der Unmöglichkeit ankommt, setzt dafür aber bereits eingetretenen Annahmeverzug voraus.

Auf der Rechtsfolgenseite unterscheidet sich § 324 Abs. 2 BGB von § 615 BGB dadurch, daß er nach seinem Wortlaut keine Kausalität zwischen Verzug und Unmöglichkeit verlangt[306] und den Anspruch bei

---

306) Anders die Literatur, weil § 324 Abs. 2 BGB nicht auf Dauerschuldverhältnisse zugeschnitten sei, vgl. Hueck-Nipperdey Bd I S. 328, FN 14; Titze, Unmöglichkeit S. 346; Zöllner Anm. zu AP Nr. 20 zu § 615 BGB; Blomeyer Anm. zu AP Nr. 31 zu § 615 BGB;

Verschulden des Arbeitnehmers[307] an der Unmöglichkeit ausschließt.

aa) Annahmeverzug des Arbeitgebers

Ebenso wie § 615 S. 1 BGB setzt § 324 Abs. 2 BGB Annahmeverzug voraus, d.h. in den hier untersuchten Fällen vorheriger Ablehnungserklärung bedarf es gleichfalls eines wörtlichen Angebots, so daß § 324 Abs. 2 BGB als Alternative zu § 615 BGB bei fehlendem wörtlichem Angebot schon aus diesem Grunde ausscheidet.

bb) Unmöglichkeit während des Annahmeverzugs

Nach Wortlaut, Sinn und Zweck setzt § 324 Abs. 2 BGB eine zeitliche Aufeinanderfolge von Verzug und Unmöglichkeit voraus und greift deshalb nicht ein, wenn die Leistung mit ihrer Nichterbringung gleichzeitig unmöglich wird. Soweit also die Arbeitsleistung Fixschuldcharakter hat, kommt § 324 Abs. 2 BGB auch aus diesem Grunde nicht zur Anwendung[308]. Wird eine Arbeitsleistung nach eingetretenem Annahmeverzug aus einem anderen Grunde unmöglich, z.B. weil ohne Verschulden des Arbeitgebers die Fabrik abbrennt, so endet nach Rechtsprechung und h.M. der Gläubigerverzug, weil das Fortbestehen des Annahmeverzugs bei Dienstverhältnissen den Fortbestand auch des Leistungsangebots voraussetze. Wenn und solange das früher wirksam erklärte Leistungsangebot durch nachträgliche Unmöglichkeit der

---

307) Maßstab: § 300 Abs. 1 BGB;

308) Vgl. oben c; aA Oertmann AcP 116, 11: es komme vor, daß die den Annahmeverzug herbeiführende Nichtannahme der Leistung ohne weiteres die Leistung ganz oder teilweise unmöglich mache, z.B. bei ungerechtfertigter Entlassung von Arbeitern; Lotmar, Bd. II S. 285 nennt dies "qualifizierten Annahmeverzug";

Leistung oder nachträgliches Unvermögen des Arbeitnehmers zur Leistung gegenstandslos werde, müsse auch der Annahmeverzug entfallen[309]).

Nur in diesen Fällen des durch unverschuldete[310]) Unmöglichkeit beendeten Annahmeverzugs greift § 324 Abs. 2 BGB ein und erhält dem Arbeitnehmer den Lohnanspruch, ohne daß es auf das Verschulden des Arbeitgebers an der Unmöglichkeit ankommt[311]).

---

309) BAG AP Nr. 20 zu § 615 BGB; LAG Mü AP 51 Nr. 119; LAG Bremen AuR 64, 222; Beuthien, Zweckerreichung S. 248; Blomeyer Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu § 615 BGB; Schaub, AR-Blattei Annahmeverzug C III; Erman-Battes Rz 21 vor § 293;

310) Sonst § 324 Abs. 1 BGB;

311) Beuthien, Zweckerreichung S. 248; Soergel-Schmidt § 324 Rz 4 für Erkrankung während des Annahmeverzugs; Erman-Küchenhoff § 615 Rz 5; aA Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 615 Rz 27: Annahmeverzug ende bei § 324 Abs. 2 BGB erst mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses; Hueck-Nipperdey aaO § 34 III 3 wendet § 324 Abs. 2 BGB an, wenn der Arbeitnehmer eine neue Stelle angenommen hat und ihm deshalb die Wiederaufnahme der Arbeit nicht sofort möglich ist; da er das Unterbleiben der Arbeitsleistung hier nicht zu vertreten habe, entfalle für den Arbeitnehmer nach § 285 BGB Verzug und er habe den Anspruch aus § 324 Abs. 2 BGB; nach Lotmar Bd. II S. 197 sollen unter § 324 Abs. 2 BGB nur diejenigen Fälle von Unmöglichkeit fallen, in welchen der Arbeitnehmer durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Arbeit verhindert wird;

cc) Zusammenfassung und Zwischenergebnis

Dem Arbeitnehmer bleibt der Lohnanspruch aus § 324 Abs. 2 BGB erhalten, wenn nach eingetretenem Annahmeverzug die Leistung aus anderen Gründen als der Säumnis selbst unmöglich wird.

Auf Verschulden des Arbeitgebers kommt es nicht an.

Wegen des auch nach § 324 Abs. 2 BGB erforderlichen Annahmeverzugs bestehen hinsichtlich des wörtlichen Angebots nach vorheriger Ablehnungserklärung dieselben Probleme wie bei § 615 S. 1 BGB, so daß § 324 Abs. 2 BGB im Rahmen dieser Untersuchung keine weitere Bedeutung beikommt.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, daß die dargestellten Lösungswege über das Unmöglichkeitsrecht nicht geeignet sind, die Probleme zu beseitigen, die das Erfordernis eines wörtlichen Angebots nach vorheriger Ablehnungserklärung aufwirft.

7) Analogie zur Entbehrlichkeit der Mahnung beim Schuldnerverzug

Obwohl § 284 Abs. 1 S. 1 BGB ausdrücklich eine Mahnung des Gläubigers verlangt, um den Schuldner in Verzug zu setzen, ist diese nach allgemeiner Meinung entbehrlich, wenn der Schuldner vor oder nach der Fälligkeit die Leistung bestimmt und endgültig verweigert hat[312]. Ebenso wird die in § 326 S. 1 BGB vorgesehene Fristsetzung allgemein für entbehrlich gehalten, wenn der Schuldner die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert, da sie dann eine nutzlose Förmlichkeit wäre[313].

Allerdings sind an die Annahme ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung strenge Anforderungen zu stellen[314].

---

312) RGZ 4, 69; 7, 44; 67, 317; BGH 2, 312; 65, 377; Hamm DAR 78, 104; Palandt-Heinrichs § 284 Anm. 4 c; Larenz, Schuldrecht Anm. zu § 284; Soergel-Schmidt § 294 Rz 10; Erman-Battes § 284 Rz 34; aA Planck, 3.Aufl., § 284 Anm. 4 h, aufgegeben in der 4.Aufl.;

313) St. Rechtsprechung seit RGZ 51, 347; RGZ 67, 317; BGH NJW 71, 798; Soergel-Schmidt § 326 Rz 24; Palandt-Heinrichs § 326 Anm. 6 d; Erman-Battes § 326 Rz 43 ff; aA Planck, 4.Aufl., § 326 Anm. 2 d mwN;

314) Soergel-Schmidt § 326 Rz 25; BGH NJW 71, 798; bloße Meinungsverschiedenheiten genügen nicht, die Zwecklosigkeit der Nachfrist muß außer Zweifel stehen; Erman-Battes § 326 Rz 44: unberechtigte Rücktrittserklärung genügt nicht;

In Analogie zu dieser Auffassung beim Schuldnerverzug wird teilweise die Meinung vertreten, auch beim Gläubigerverzug bedürfe es keiner förmlichen Inverzugsetzung mehr, wenn der Gläubiger bereits bestimmt und endgültig erklärt habe, auf die Leistung zu verzichten[315].

a) Zur Entbehrlichkeit der Mahnung beim Schuldnerverzug

Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur gibt der Schuldner durch ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung zu erkennen, daß er weder eine Frist zur Erfüllung begehre, noch von einer ihm gesetzten Frist Gebrauch machen werde. Seine Weigerung enthalte deshalb einen Verzicht auf das Erfordernis der Fristbestimmung, da nicht angenommen werden könne, daß im Rechtsverkehr zwecklose und überflüssige Handlungen gewollt seien. Dieser Verzicht sei auch zulässig, da § 326 BGB dispositiv sei[316].

---

315) Römer, DJZ 1903, 340 ff; BAG AP Nr. 25 zu § 615 BGB; OLGE 12, 268; Blomeyer Anm. zu BAG AP Nr. 25 zu § 615 BGB u. Allg. Schuldrecht § 36 I 2 c; Söllner Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit; Hueck Anm. zu ARS 17, 84; Schroeder aaO 158; offen gelassen in RAG ARS 17, 84 (86);

316) So die Ausgangsentscheidung RGZ 51,347; Römer, DJZ 1903, 340; Schenker, JJb 79, 141 (169 ff); Erman-Battes § 284 Rz 34;

Andere leiten den Verzicht auf Mahnung (§ 284 BGB) bzw. Fristsetzung (§ 326 BGB) aus Treu und Glauben ab[317] oder sehen in der Leistungsverweigerung eine positive Vertragsverletzung[318].

Hingegen sind nach Planck[319] Mahnung und Fristsetzung nicht sinn- und zwecklos, da eine Sinnesänderung auch nach einer ausdrücklichen Erfüllungsverweigerung möglich bleibe. Die Weigerung könne deshalb allenfalls als Antrag zur Vertragsauflösung verstanden werden, nicht aber als Verzicht auf dem Schuldner günstige gesetzliche Kautelen.

Mahnung und Fristsetzung nach §§ 284, 326 BGB haben den Zweck, dem Schuldner deutlich zu machen, daß der Gläubiger nach wie vor auf der Leistung besteht (Manifestationsfunktion) und festzulegen, ab welchem Zeitpunkt sich der Schuldner in Verzug befindet bzw. der Gläubiger die in § 326 Abs. 1 S. 2 BGB bestimmten Rechte geltend machen kann (Festlegungsfunktion). Diese Zwecke sind mit der bloßen Erfüllungsverweigerung des Schuldners an sich noch nicht erreicht.

Der h.M. muß jedoch dahingehend zugestimmt werden, daß in der Weigerung ein Verzicht auf die Mahnung liegt, bzw. die Berufung auf die nicht erfolgte Mahnung unter dem Gesichtspunkt des venire contra factum proprium gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Bei ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung wird deshalb zu Recht Entbehrlichkeit der Mahnung und Fristsetzung angenommen.

---

317) Palandt-Heinrichs § 284 Anm. 4 c; Erman-Battes § 284 Rz 34;

318) Schenker JJb 78, 187; Erman-Battes § 326 Rz 43;

319) 4. Aufl., § 326 Anm. 2 d mwN;

b) Übertragung auf den Gläubigerverzug

Bei der behaupteten Übertragbarkeit dieser zu §§ 284, 326 BGB entwickelten Gedankengänge auf §§ 293 ff BGB[320] kann es sich nicht um eine Analogie im technischen Sinne handeln, da es nicht um die rechtsähnliche Anwendung von Gesetz, sondern lediglich um die einer bestimmten Auslegung geht. Ebenso wie bei echter Analogie ist jedoch zu fragen, ob die mit dem nach §§ 293 ff BGB erforderlichen Leistungsangebot verfolgten Zwecke denen der Mahnung und Fristsetzung in §§ 284, 326 BGB so entsprechen, daß dieselben Überlegungen angestellt werden können.

Nach Auffassung des Gesetzgebers handelt es sich bei Schuldner- und Gläubigerverzug nicht um Unterbegriffe eines gemeinsamen Gattungsbegriffes[321], was rein äußerlich durch die Unterbringung der Vorschriften in verschiedenen Titeln des BGB zum Ausdruck gebracht wurde.

Obwohl bei den Beratungen davon ausgegangen wurde, daß die bei der Bewirkung der Leistung von Schuldner und Gläubiger zu entwickelnden Tätigkeiten unter verschiedenen Gesichtspunkten stehen[321], können nach Meinung der 1. Kommission doch gewisse Parallelen gezogen werden. So gelte etwa das Prinzip des "dies interpellat pro homine" in beiden Regelungsbereichen, vgl. §§ 284 Abs. 2 und 296 BGB[322].

---

320) Vgl. Fn. 315;
321) Motive zu § 254, S. 69; Prot. I S. 1218;
322) Prot. I S. 1235;

Obwohl die beiden Rechtsinstitute also durchaus in einem gewissen Zusammenhang stehen, sieht die zivilistische Literatur hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und Wirkungen auch tiefgreifende Unterschiede. Insbesondere wird hervorgehoben, daß der Gläubigerverzug im Gegensatz zum Schuldnerverzug weder Verschulden verlangt noch eine allgemeine Schadensersatzpflicht erzeugt[323].

Hingegen gibt es nach einer insbesondere im arbeitsrechtlichen Bereich verbreiteten Meinung keine grundsätzlichen Unterschiede zwischen Annahmeverzug des Gläubigers und Leistungsverzug des Schuldners, die eine Übertragung der zum Schuldnerverzug entwickelten Rechtsprechung und Literatur ausschließen könnten[324].

---

323) RGRK-Alff § 293 Rz 1; Rosenberg aaO S. 144; Oertmann, 1.Aufl., Anm. 1 vor § 293 BGB; Staudinger-Löwisch Rz 1, 2 vor § 293;

324) Blomeyer Anm. zu AP Nr. 26 zu § 615 BGB; Söllner Anm. zu AP Nr. 2 zu § 615 Kurzarbeit; OLGE 12, 268; Römer DJZ 1903, 340; BAG AP Nr. 25 zu § 615 BGB; unklar Hueck Anm. zu ARS 17, 84: Überlegung sei mindestens zu bejahen, wenn der Arbeitnehmer der unberechtigten Kündigung widersprochen habe; ablehnend Kohler JJb 17, 405; Schenker JJb 79, 161; Oertmann, 5.Aufl., § 295 Anm. 3; RGZ 50, 208 (210);

c) Stellungnahme

Ebenso wie Mahnung und Fristsetzung bei §§ 284, 326 BGB hat auch das Leistungsangebot bei §§ 293 ff BGB eine Manifestationsfunktion und eine Festlegungsfunktion, denn es soll die schuldnerische Leistungsbereitschaft demonstriert und festgelegt werden, zu welchem Zeitpunkt der Gläubigerverzug beginnt[325].

Während aber §§ 284, 326 BGB für den Fall einer ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung durch den Schuldner keine Bestimmung enthalten, ist in § 295 BGB der Fall einer Annahmeverweigerung des Gläubigers eindeutig geregelt.

Im Gegensatz zur Rechtslage bei Leistungsverweigerung des Schuldners fehlt es deshalb bei Annahmeverweigerung des Gläubigers bereits an einer Regelungslücke, der ersten Voraussetzung jeder Analogiebildung[326].

Daneben bestehen zwischen Gläubiger- und Schuldnerverzug erhebliche strukturelle Unterschiede. Während die Annahme der Leistung nur eine Obliegenheit des Gläubigers ist[327], handelt es sich bei der Erfüllung um eine echte Hauptleistungspflicht des Schuldners. Die Obliegenheitsverletzung hat grundsätzlich nur Haftungsminderung, Gefahrübergang und Aufwendungsersatz (§§ 300 ff BGB) zur Folge, Schuldnerverzug zieht Schadensersatzpflichten nach sich (§ 326 BGB).

---

325) Blomeyer Anm. zu BAG AP Nr. 26 zu § 615 BGB;

326) So im Ergebnis auch Stehl AuR 67, 46; Schroeder aaO S. 158; Staudinger-Löwisch § 295 Rz 2;RGZ 50, 208 (211); Fieberg DJZ 1904, 485;

327) vgl. Fn. 23;

Wegen dieser strukturellen Unterschiede und des Fehlens einer Regelungslücke liegt in einer vorherigen Annahmeverweigerung wie z.B. der Beurlaubung durch den Arbeitgeber[328] kein Verzicht auf das wörtliche Angebot des Schuldners.

d) Zusammenfassung und Zwischenergebnis

Bei §§ 284 Abs. 1 S. 1 und 326 Abs. 1 S. 1 BGB ist nach allgemeiner Meinung eine Mahnung entbehrlich, wenn der Schuldner vor oder nach der Fälligkeit die Leistung bestimmt und endgültig verweigert hat.

Obwohl gewisse Ähnlichkeiten zwischen Gläubiger- und Schuldnerverzug unverkennbar sind, scheitert eine entsprechende Übertragung dieses Gedankenganges auf den Fall der vorherigen Annahmeverweigerung des Arbeitgebers an strukturellen Unterschieden der beiden Rechtsinstitute.

Wegen der ausdrücklichen Regelung in § 295 BGB fehlt es ferner an einer Regelungslücke, der Grundvoraussetzung jeder Analogiebildung.

Auch bei bestimmter und endgültiger Annahmeverweigerung des Arbeitgebers ist deshalb ein wörtliches Angebot nicht entbehrlich.

---

328) Vgl. BAG AP Nr. 25 zu § 615 BGB;

8) Tatsächliches Angebot bis zur Entlassung

Vereinzelt wird vertreten, die **Inverzugsetzung sei** schon darin gelegen, daß der Arbeitnehmer die geschuldete Leistung durch seine Dienste bis zum Augenblick der Entlassung fortwährend tatsächlich anbiete und der Dienstherr durch die in der Entlassung gelegene Nichtannahme der Fortsetzung der Dienste bereits gem. § 293 BGB in Verzug komme[329].

Im Unterschied zum oben **S. 40 ff dargestellten Lö**sungsweg, nach dem ein Angebot für die Zeit nach der Kündigung gefordert, dieses aber bereits in der bisherigen Leistungserbringung gesehen wird, ist hier für die Zukunft kein Angebot mehr erforderlich, weil sofort mit der Kündigung Annahmeverzug eintritt. Allerdings wird der Unterschied nicht **immer klar gesehen**[330].

---

329) OLGE 10, 179 mit zust. Anm. von Meyer DJZ 1906, 531; OLGE 12, 268; OLG Breslau, Das Recht 1906, Nr. 1461; Lotmar, Bd. II S. 290; Stehl AuR 67, 47; wohl auch OLG Colmar, Das Recht 1907, 136 für §§ 70, 72 HGB; Herschel-Steinmann § 9 Rz 13 und Grüll aaO D III 3, die lapidar feststellen, der Arbeitgeber komme bei ungerechtfertigter Entlassung in Annahmeverzug; Sigel aaO S. 76: der Arbeiter, der bereits in Arbeit stehe, mache gerade durch seine Bereitschaft zur Fortsetzung der Arbeit das tatsächliche Angebot iSv § 294 BGB; Schroeder aaO S. 147 bezeichnet diese Lehre als "Theorie vom nicht erforderlichen Angebot";

330) Vgl. z.B. Fieberg DJZ 1904, S. 485 ff: Der Arbeitnehmer gebe durch die Fortsetzung seines vertragsgemäßen Verhaltens bis zur Entlassung dem Dienstherrn zu erkennen, daß er ihm auch für die Zukunft zur Verfügung stehe. Es bedürfe deshalb des wirklichen Angebots der Dienste nicht. Der Dienstherr setze sich schon mit der Entlassung selbst in Verzug;

a) Entlassung während der Leistungserbringung

Nach den Vertretern dieser Ansicht liegt Annahmeverzug jedenfalls stets dann vor, wenn dem Arbeitnehmer während der Leistungserbringung, also während er in seiner Leistung begriffen ist, die Nichtannahme der weiteren Leistung erklärt wird[331], d.h. also insbesondere bei einer außerordentlichen Kündigung mit sofortiger Wirkung.

b) Entlassung außerhalb der Leistungserbringung

Geschieht die Entlassung hingegen außerhalb des Vertragsvollzugs, also z.B. nach Geschäftsschluß oder während des Urlaubs, so bedarf es nach Lotmar[332] eines wörtlichen Angebots. Verfehlt ist insoweit die Berufung Lotmars auf OLG Kassel[333], das auch in einer Entlassung außerhalb der Arbeitszeit eine Zurückweisung der Annahme weiterer Dienst Dienste und damit die Erfüllung des § 293 BGB sieht[334].

---

331) Lotmar Bd. II S. 288; OLG Darmstadt OLGE 12, 268; wohl auch LAG Dü DB 55, 388; idS auch Soergel-Schmidt § 295 Rz 2 unter Berufung auf BAG GS AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG, Enneccerus-Lehmann § 57 II 2 c und Schenker JJb 79, 141, die aber schwerlich hierfür herangezogen werden können; Stehl AuR 67, 47: soweit ein in derArbeit begriffener und zur Fortsetzung der ihm vertraglich obliegenden Dienste erkennbar bereiter Arbeitnehmer während der Arbeitszeit fristlos entlassen werde, liege § 293 BGB vor und ein Fall des § 295 BGB sei gar nicht gegeben, da dieser nur den Fall einer noch für die Zukunft zu bewirkenden Leistung im Auge habe; ähnlich Müller-Schön aaO S. 302;

332) Bd. II S. 290 FN 1;

333) OLGE 10, 179;

334) So wohl auch Römer DJZ 1903, 340, der nur bei Kündigung vor Eintritt des Gehilfen ein wörtliches Angebot für erforderlich hält;

Was für die während der Arbeitszeit ausgesprochene fristlose Kündigung gelte, muß nach Meinung Stehls für jede fristlose Kündigung gelten, da ihr immer etwas Diskriminierendes anhafte, ein Angebot für den Arbeitnehmer unter der Würde liege, der Arbeitgeber es eher als Hohn auffassen würde und die Tage bis zur Anrufung des Arbeitsgerichts von der h.M. nicht erfaßt würden.

Soweit die Kündigung den Arbeitnehmer außerhalb der Arbeitszeit erreiche, werde der Erfüllungszustand des Arbeitsverhältnisses unterbrochen, in dem sich dieses als Dauerschuldverhältnis vom Eintritt des Arbeitnehmers bis zu seinem Ausscheiden befinde und damit der Tatbestand des § 293 BGB gesetzt. Der Arbeitgeber verhindere das Wiederaufleben der Arbeitspflicht und deshalb liege auch hier in der Entlassung die Nichtannahme der Dienste. § 295 BGB betreffe allein die noch in der Zukunft zu bewirkende, die noch ausstehende Leistung. Das auf Dauer angelegte Arbeitsverhältnis habe mit dem Dienstantritt seine Wirkungen bereits geäußert, im Unterschied zu dem auf den Austausch einzelner Leistungen gerichteten Schuldverhältnis, das seine Wirkungen immer erst in der Zukunft äußern soll und auf welches § 295 BGB allein zugeschnitten sei.

Bei einer rechtswidrigen ordentlichen Kündigung will aber auch Stehl § 295 BGB anwenden, da es sich hier um die Erklärung der Nichtannahme einer erst in Zukunft zu erbringenden Leistung handle und der Arbeitnehmer keine Veranlassung habe, auf Lohn für die Zeit nach dem Ablauf der Kündigungsfrist zu hoffen[335].

---

335) AuR 67, 47;

Die tatsächliche Erbringung der Dienstleistung beinhaltet ohne Zweifel auch ein tatsächliches Angebot iSv § 294 BGB für den jeweils unmittelbar darauffolgenden Zeitraum.

Bei unberechtigter fristloser Kündigung mit sofortiger Wirkung[336], d.h. mit der Folge, daß der Arbeitnehmer sofort mit der Arbeit aufzuhören hat, liegt demnach in der Kündigung die Nichtannahme einer tatsächlich angebotenen Leistung und der Arbeitgeber kommt sofort in Annahmeverzug. Insoweit ist der hier dargestellten Lösung beizupflichten.

Bei rechtswidrigen ordentlichen oder außerordentlichen Kündigungen ohne sofortige Wirkung, d.h. zu einem späteren Zeitpunkt, kann nicht in dieser Weise argumentiert werden, denn der Arbeitnehmer wird dann regelmäßig mit Ablauf der Frist, also z.B. dem Ende des Tages oder des Monats, zu arbeiten aufhören, also seine Leistung gerade nicht mehr tatsächlich anbieten.

Anders ist der Fall selbstverständlich zu beurteilen, wenn der Arbeitnehmer versucht weiterzuarbeiten, oder nach Wirksamwerden der Kündigung an seinen Arbeitsplatz zurückkehrt. Dann aber liegt in diesem Verhalten auch der von der h.M. zu Recht geforderte Protest zur Auslösung des Gläubigerverzugs.

Soweit der Arbeitnehmer keinerlei Protesthandlung vornimmt, läßt sich Annahmeverzug allenfalls konstruieren, indem der bisherigen Leistungserbringung die Erklärung eines Angebots für die Zukunft entnommen wird, was oben S. 40 ff ausführlich erörtert und abgelehnt wurde.

---

336) Vgl. z.B. OLGE 12, 268;

Zusammenfassend ist festzustellen, daß bei einer außerordentlichen Kündigung mit sofortiger Wirkung und bei anderen Maßnahmen des Arbeitgebers, die zu einer unmittelbaren Arbeitseinstellung führen, eine Nichtannahme der tatsächlich angebotenen Leistung iSv §§ 293, 294 BGB vorliegt und der Arbeitgeber danach sofort in Annahmeverzug gerät. Eines wörtlichen Angebots bedarf es nicht mehr.

Für die weit überwiegende Mehrzahl der Fälle, in denen die Nichtannahme für einen zukünftigen Zeitpunkt erklärt wird, ist der hier erörterte Lösungsweg nicht gangbar.

9) Gänzlicher Verzicht auf das wörtliche Angebot (Nikisch)

Nikisch hält ein erneutes Angebot der Leistung überhaupt für entbehrlich, wenn der Arbeitgeber die Fortsetzung der Leistung durch fristlose Kündigung unterbricht. Die primäre Leistung des Arbeitnehmers, der Antritt der Stellung, sei schon erbracht und könne nicht mehr angeboten werden. Der Arbeitgeber habe nicht einfach die Entgegennahme der vom Arbeitnehmer geschuldeten Leistung abgelehnt, sondern ihn aus dem Betrieb oder der sonstigen Arbeitsgemeinschaft entfernt und damit das bisherige Gemeinschaftsverhältnis aufgehoben[337].

Diese Argumentation beruht auf der sog. Eingliederungstheorie (a), auf der von Nikisch vorgenommenen Unterscheidung zwischen Dienst- und Arbeitspflicht (b) sowie in einem weiteren Sinne auf der

337) RdA 67, 241 ff;

Ansicht, das Arbeitsverhältnis sei ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis besonderer Art, das nicht in jeder Hinsicht den für Schulverhältnisse geltenden Regeln unterliege (c).

a) Die Eingliederungstheorie

In ihrer klassischen Form sieht die Eingliederungstheorie in der Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb oder den privaten Lebensbereich des Arbeitgebers den Begründungsakt für das Arbeitsverhältnis[338], während die heute ganz überwiegend vertretene Vertragstheorie an den Abschluß des Arbeitsvertrages anknüpft[339].

Die Eingliederungstheorie hielt für entscheidend die Herbeiführung eines tatsächlichen Zustandes, nämlich der Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsgemeinschaft als einer eigenständigen, konkreten und lebendigen Ordnung, deren Trennung vom Arbeitsverhältnis nicht möglich sei[340].

Der Arbeitsvertrag als solcher begründet danach kein Arbeitsverhältnis, sondern ist ein rein schuldrechtlicher Vertrag, der den Arbeitgeber zur Einstellung, den Arbeitnehmer zum Eintritt in die Dienste des Arbeitgebers verpflichtet. Aus ihm entspringen deshalb keine Ansprüche auf Arbeitsleistung, Lohnzahlung, Beschäftigung usw., sondern lediglich Schadensersatzansprüche[341].

---

338) Nikisch Bd. I S. 164 f; Röhsler DB 63, 994;

339) Ausführlich Hueck-Nipperdey Bd. I § 21 mwN; BSGE 46, 27; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch § 29 II; Söllner aaO S. 209; Zöllner aaO § 4 III 5 b;

340) Rüthers AuR 70, 103; Siebert, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, S. 60 ff; vgl. auch oben S. 76 ff;

341) Schwerdtner, Fürsorgetheorie S.26;

Ursprünglich diente die Eingliederungstheorie nicht zuletzt dazu, auch vertragslose und nichtige Arbeitsverhältnisse den Regeln des Arbeitsrechts zu unterwerfen[342].

Seitdem sich jedoch die Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis bzw. von der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen durchgesetzt hat[343], hat auch die Vertragstheorie keine Schwierigkeiten mehr, Arbeitsleistungen ohne oder ohne wirksamen Vertrag dem Arbeitsrecht und seinen Schutzvorschriften zu unterstellen.

Die auf dem Vertragssystem des BGB fremden Erwägungen beruhende Eingliederungstheorie wird deshalb von der h.M. zu Recht als überholt bezeichnet[344].

b) Dienst- und Arbeitspflicht

Ausgehend von der Eingliederungstheorie unterscheidet Nikisch zwischen Dienst- und Arbeitspflicht. Dienstpflicht sei die Pflicht des Arbeitnehmers, in den Dienst des Arbeitgebers zu treten, d.h. " sich unter Verzicht auf seine Selbständigkeit in den Betrieb oder den privaten Lebensbereich des Arbeitgebers einzuordnen"[345], während die Arbeitspflicht

---

342) Rüthers aaO S. 104;

343) Palandt-Putzo Einf. 4 a aa vor § 611 mwN; Soergel-Wlotzke-Volze § 611 Rz 28 ff; Staudinger-Nipperdey-Mohnen Rz 26; MünchKomm-Kramer § 119 Rz 20; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch § 29 II 2 und 35 III;

344) BAG AP Nr. 3 zu § 611 Mittelbares Arbeitsverhältnis; BAG GS AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG mit zust. Anm. von Hueck; Rüthers AuR 70, 103; auch das RAG war ihr nie gefolgt; vgl. ARS 33, 172; 36, 385;

345) Nikisch Bd. I § 26;

darin bestehe, die ihm vom Arbeitgeber aufgetragenen Arbeiten zu verrichten[346]. Die Arbeitspflicht könne sich also erst nach Erfüllung der Dienstpflicht, nach Dienstantritt, entfalten.

"Die Erfüllung der im Arbeitsvertrag übernommenen Pflichten des Arbeitnehmers besteht nicht in der Ausführung einer Folge von einzelnen zeitlich getrennten Arbeiten, sondern darin, daß der Arbeitnehmer in die vom Arbeitgeber organisierte Arbeitsgemeinschaft eintritt und dort mit seiner Arbeitskraft zur Verfügung steht[347]. Die Erfüllung sei keine fortlaufende Leistung, sondern ein Zustand.

Danach sei bei einem Arbeitsverhältnis im Zustand der Erfüllung die primäre Leistung des Arbeitnehmers, nämlich die Erfüllung der Dienstpflicht durch Antritt der Stellung schon erbracht, sie könne nicht mehr angeboten werden. Hebe der Arbeitgeber durch fristlose Kündigung das bisherige Gemeinschaftsverhältnis zwischen den Parteien auf, so werde ein Angebot der Dienste seitens des Arbeitnehmers der Sachlage nicht gerecht; angeboten werden könne allenfalls die Fortsetzung des Zustandes, der bis zur Entlassung bestanden hatte[348].

Annahmeverzug kann danach nur vorliegen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einstellt. Nikisch will deshalb den Widerspruch des Arbeit-

---

346) Nikisch Bd. I § 27;

347) Nikisch RdA 67, 242;

348) Nikisch RdA 67, 241; ebenso im Ergebnis Potthoff ArbeitsR 1922, Sp 275 ff: der Arbeitnehmer schulde nicht einzelne Dienstleistungen, sondern sich selbst;

nehmers gegen die Kündigung nicht als Angebot auslegen, sondern auf dieses ganz verzichten und den Anspruch unmittelbar aus § 611 BGB geben[349].

Die heute ganz h.M. lehnt die Differenzierung nach Dienst- und Arbeitspflicht ab und betont zu Recht, daß das Arbeitsverhältnis nicht durch den einmaligen Akt der Einstellung oder den Antritt der Arbeit, sondern wie jedes andere Dauerschuldverhältnis nur durch dauernde oder wiederkehrende Leistungen erfüllt wird[350].

Danach gibt es keinen Erfüllungszustand, sondern nur eine Folge von zeitlich getrennten Erfüllungshandlungen. Die Dienstleistung des Arbeitnehmers besteht aus konkreten einzelnen, zeitlich aufeinanderfolgenden Diensten, die je und je angeboten werden[351].

---

349) Nikisch RdA 67, 241; Söllner Anm. zu AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit hält dies für vertretbar; ähnlich Beitzke SAE 70, 4: der Arbeitnehmer habe seine Leistungsbereitschaft bereits mit Dienstantritt gezeigt und § 295 BGB passe nicht, weil er nicht auf Dauerschuldverhältnisse, sondern auf die noch nicht begonnene Leistung eines Schuldners abstelle; wohl auch Seiter ZfA 70, 401; ähnlich RAG ARS 21, 162 (166) und LAG Fr RdA 49, 36: bei unbegründeter Entlassung behalte der Arbeitnehmer "ohne weiteres" den Anspruch auf Weiterzahlung der vertragsmäßigen Vergütung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist; ein wörtliches Angebot sei nicht erforderlich;

350) Hueck-Nipperdey Bd. I § 21, § 33 FN 1 mwN, § 34 III FN 27; Wiedemann aaO S. 84 mit Vergleich zum Mietrecht, wo es ebenfalls nicht genüge, die Wohnung bereitzustellen, sondern deren Gebrauch gewährt werden müsse; Fieberg DJZ 1904, S. 485; Kalb aaO S. 94; BAG NJW 75, 229(231); Söllner, Arbeitsrecht S. 186;

351) BAG GS AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG mit Anm. von Hueck, der in dieser Entscheidung das Bekenntnis des BAG zur Vertragstheorie sieht;

c) "Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis"

Letztlich basiert das Abrücken Nikischs von § 295 BGB auf der Annahme, beim Arbeitsverhältnis handle es sich um ein "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis", das nicht den Regeln des allgemeinen Schuldrechts unterliege. Der Arbeitnehmer werde zum Glied einer Arbeitsgemeinschaft und der Leistungsaustausch erfolge im Rahmen eines Gemeinschaftsverhältnisses, bei dem der Grundsatz, daß der Anspruch auf die Gegenleistung entfällt, wenn die Leistung nicht erbracht wird, nicht uneingeschränkt angewendet werden könne. Das Arbeitsverhältnis habe seine Parallelen deswegen nicht in Kauf und Miete, sondern im Gesellschaftsvertrag[352].

Es sei kein dem Arbeitsverhältnis immanenter Grundsatz, daß nur die wirklich geleistete Arbeit zu vergüten sei. Der Arbeitgeber befinde sich vielmehr in der gleichen Lage wie ein Mieter, der auch den Mietzins entrichten müsse, wenn er von der Mietsache zeitweilig keinen Gebrauch mache, was beide Male auch wirtschaftlich gerechtfertigt sei[353]. Es handle sich hier um einen der Fälle, in denen man die allgemein für Schuldverhältnisse geltenden Vorschriften, die auf den einmaligen Leistungsaustausch zugeschnitten sind, dem besonderen Wesen des Arbeitsverhältnisses anpassen müsse[354].

---

352) Nikisch Bd. I S. 235; Hueck-Nipperdey, Grundriß § 14, Lehrbuch § 22 III a.E.;

353) Nikisch Bd. I S. 325;

354) Nikisch RdA 67, 244; Schnorr RdA 64, 303; Hueck-Nipperdey aaO § 22 III a.E.;

Bereits oben S. 71 ff wurde die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses eingehend erörtert und nachgewiesen, daß es sich jedenfalls im Grundsatz um ein normales Schuldverhältnis handelt, auf das allgemeines Schuldrecht anzuwenden ist, so daß sich weitere Ausführungen über das "personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis" hier erübrigen.

d) Stellungnahme und Zwischenergebnis

Mit der heute ganz h.M. ist die Eingliederungstheorie und die darauf beruhende Unterscheidung von Dienst- und Arbeitspflicht ebenso abzulehnen wie die Annahme, das Arbeitsverhältnis sei ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, das ganz allgemein besonderen Regeln unterliege.

Falls der Arbeitgeber die Fortsetzung der Leistung unterbricht, bleibt der Lohnanspruch des Arbeitnehmers deshalb entgegen Nikisch nicht direkt und ohne weiteres aus § 611 BGB erhalten, sondern der Arbeitgeber muß gem. § 615 BGB in Verzug gesetzt werden.

10) Nichtannahme oder mangelnde Mitwirkungshandlung als positive Vertragsverletzung

Wenn der Gläubiger von vornherein mitteilt, daß er die Mitwirkungshandlung ablehne, so kommt er dadurch nach Meinung Schenkers in Verzug, weil seine Weigerung ein vertragswidriges Verhalten bedeute. Im Gegensatz zur bloßen Unterlassung der Mitwirkung handle es sich um eine positive Vertragsverletzung des Gläubigers, da damit die Abwicklung des Schuldverhältnisses von vornherein

unterbunden werde. Verzug trete deshalb sofort mit der Weigerungserklärung ein, da es sinnlos sei, dem Schuldner trotzdem die Beteuerung des Leistungswillens zuzumuten[355].

Eine Ausdehnung dieser Überlegungen dahingehend, daß auch die bloße Nichtannahmeerklärung iSv § 295 S. 1 F. 1 BGB eine positive Vertragsverletzung beinhalte, erscheint immerhin denkbar.

Die positive Vertragsverletzung ist subsidiär zu den im BGB geregelten Leistungsstörungen[356]. Voraussetzung für ihr Eingreifen ist deshalb eine Pflichtverletzung, die weder Unmöglichkeit noch Verzug zur Folge haben kann.

Die Folgen einer Ablehnung der Annahme oder der Mitwirkungshandlung sind in §§ 295, 296 BGB aber ausdrücklich geregelt, so daß für eine positive Vertragsverletzung kein Raum ist.

11) § 11 KSchG als eigenständige Anspruchsgrundlage

"Steht fest, daß die Kündigung nicht zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses geführt hat, so ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer für die Zeit von der Entlassung bis zur Wiedereinstellung den Lohn zu bezahlen (§ 9)[357], und zwar ohne daß im übrigen die Voraussetzungen des Annahmeverzuges vorzuliegen brauchen"[358].

---

355) Schenker JJb 79, 141 (187);

356) Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 7 a aa; BGHZ 11, 80; RGZ 54, 98; KG DB 79, 170;

357) = § 11 n.F. KSchG;

358) Dietz NJW 51, 944;

Diese Formulierung läßt sich dahingehend verstehen, daß Dietz aus der Wendung in § 11 KSchG[359] "das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet" folgert, bei § 11 KSchG handle es sich um eine eigenständige Anspruchsgrundlage.

Demgegenüber wird in der Begründung des KSchG-Entwurfs durch die Bundesregierung[360] ausdrücklich darauf hingewiesen, daß sich die Pflicht zur Lohnfortzahlung bei rechtsunwirksamer Kündigung bereits aus den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts ergebe und deshalb im KSchG nicht mehr geregelt zu werden brauche.

Dementsprechend geht die h.M., soweit sie auf entsprechende Überlegungen überhaupt eingeht, zu Recht davon aus, daß § 11 KSchG eine Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers nicht festlegt, sondern geradezu voraussetzt[361] und in Wiederholung des Wortlautes erschöpfend zusammenfaßt[362].

---

359) = § 9 a.F.;

360) RdA 51, 64;

361) Oehmann RdA 52, 94;

362) LAG Frkf. AP Nr. 2 zu § 615 BGB; Herschel Anm. zu BAG AP Nr. 23 zu § 615 BGB; Schaub, AR-Blattei Annahmeverzug F II 3 mwN;

12) Zusammenfassung und Zwischenergebnis

Rechtsprechung und Literatur versuchen auf den verschiedensten Wegen das Problem zu lösen, daß § 615 S. 1 BGB iVm § 295 S. 1 F. 1 BGB für den Erhalt des Lohnanspruches ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers auch dann noch verlangt, wenn der Arbeitgeber ihm vorher erklärt hat, die Leistung nicht mehr zu wollen.

Die wohl h.M. hält grundsätzlich am Erfordernis des wörtlichen Angebots fest, legt aber den Begriff des wörtlichen Angebots weit aus, so daß jede irgendwie geartete Protesthandlung genügt (D IV 1 = S. 24 ff). Reagiert der Arbeitnehmer auf die Annahmeverweigerung überhaupt nicht, so entfällt danach der Lohnanspruch. Ferner bleibt das Rückwirkungsproblem ungelöst (D IV 1 d ee = S. 37 ff).

In der bisherigen Erbringung der Dienste allein kann kein Angebot künftiger Leistung liegen, da das wörtliche Angebot logischerweise erst nach der Ablehnungserklärung erfolgen kann (D IV 2 = S. 40 ff).

Die Larenz'sche Auslegung, "genügt" in § 295 S. 1 BGB besage nicht, daß ein wörtliches Angebot auch unter allen Umständen erforderlich sei, hält einer dogmatischen Überprüfung nicht stand und wird auch von der h.M. abgelehnt (D IV 3 = S. 47 ff).

Die zahlreichen Vertreter einer Lösung über § 242 BGB verzichten auf eine nähere Begründung ihrer Ansicht. Von den anerkannten Fallgruppen des § 242 BGB kommt nur die des "venire contra factum proprium" in Betracht, die aber wegen des klaren Wortlauts des § 295 BGB und mangels eines Widerspruches im Gläubigerverhalten nicht gegeben ist (D IV 4 = S. 51 ff).

Der vom BAG in einer vielbeachteten Entscheidung gewählte Weg über § 296 BGB ist nur gangbar, wenn die Arbeit in einem ganzen Betrieb oder Betriebsteil ausfällt. Die für diese Lösung logisch erforderliche und vom BAG angenommene "Vorleistungspflicht" des Arbeitgebers hinsichtlich seiner Mitwirkung ist schwerlich haltbar (D IV 5 = S. 59 ff).

Entgegen einer älteren Rechtsprechung kann die Kündigung selbst keine Unmöglichkeit begründen (D IV 6 b = S. 86 ff). Da die Arbeitspflicht nicht a priori und immer Fixschuldcharakter hat, begründet auch die tatsächliche Nichterbringung der Dienste nicht automatisch Unmöglichkeit der Leistung. Lösungen über § 324 Abs. 1 BGB setzen die Abstrahierungsformel sowie § 615 BGB außer Kraft und kehren die gesetzliche Stufenfolge von Annahmeverzug und Unmöglichkeit um und sind deshalb nicht vertretbar (D IV 6 c = S. 96 ff). § 324 Abs. 2 BGB hat auch im Arbeitsrecht einen Anwendungsbereich, setzt aber ebenfalls Annahmeverzug voraus und hilft deshalb nicht weiter (D IV 6 d = S. 107 ff).

Eine entsprechende Anwendung der zur Entbehrlichkeit der Mahnung beim Schuldnerverzug entwickelten Rechtsprechung auf das wörtliche Angebot ist nicht möglich (D IV 7 = S. 111 ff).

In fristlosen Kündigungen mit sofortiger Wirkung und anderen Maßnahmen des Arbeitgebers, die zu einer sofortigen Beendigung der gerade laufenden Leistung des Arbeitnehmers führen, liegt die Nichtannahme einer tatsächlich angebotenen Leistung. Im übrigen bleibt es beim Erfordernis eines wörtlichen Angebots (D IV 8 = S. 118 ff).

Ein völliger Verzicht auf das wörtliche Angebot nach der Eingliederungstheorie (D IV 9 = S. 122 ff) scheidet als Lösungsweg ebenso aus wie die Annahme einer positiven Vertragsverletzung (D IV 10 = S. 128) oder des § 11 KSchG als eigenständiger Anspruchsgrundlage (D IV 11 = S. 129 f).

Als Zwischenergebnis ist deshalb festzuhalten, daß alle vertretenen und aufgezeigten Lösungsansätze gravierende Schwächen haben und letztlich nicht befriedigen können.

V) Rechtsfortbildende Gesetzesauslegung

Wie schon oben S. 4 erwähnt, resultiert das Problem des wörtlichen Angebots im Arbeitsrecht aus der Verweisungstechnik des BGB, also aus der Bezugnahme des § 615 S. 1 BGB auf die Annahmeverzugsvorschriften der §§ 293 ff BGB.

Letztere sind am Modell des Kaufvertrags entwickelt und somit auf Vertragsbeziehungen zugeschnitten, die einen einmaligen Leistungsaustausch zum Gegenstand haben, nicht aber auf Dauerschuldverhältnisse wie das Arbeitsverhältnis[363].

Die Regelung der §§ 293 ff BGB, insbesondere aber des § 295 S. 1 BGB wird deshalb zu Recht allgemein als für das Arbeitsrecht unpassend und verfehlt empfunden[364].

Für eine dogmatisch korrekte Lösung des Problems muß zunächst die Verweisung in § 615 S. 1 BGB sowie der dadurch anwendbare § 295 S. 1 F. 1 BGB ausgelegt werden (1), dann ist zu fragen, ob nicht eine Gesetzeslücke vorliegt (2) und ggf. sind Überlegungen zu deren Schließung anzustellen (3).

---

363) Soergel-Knopp § 241 Rz 11; Nikisch RdA 67, 244; Söllner, Arbeitsrecht S. 186;

364) Vgl. oben S. 5, Fn. 10;

1) Gesetzesauslegung

Ziel der Gesetzesauslegung ist die Ermittlung des heute rechtlich maßgeblichen, des normativen Sinnes des Gesetzes[365], d.h. hier der Verweisung in § 615 S. 1 BGB und derjenigen Vorschriften, auf die Bezug genommen wird.

Bei der Erforschung des normativen Sinnes der Regelung müssen als methodische Gesichtspunkte alle relevanten Auslegungskriterien herangezogen werden, also insbesondere grammatikalische, systematische, historische und objektiv-teleologische Aspekte sowie allgemeine Rechtsgrundsätze von Verfassungsrang[366], wobei zwischen den einzelnen Auslegungskriterien kein festes Rangverhältnis besteht, sondern ein wechselseitiger Zusammenhang im Sinne gegenseitiger Ergänzung[367].

a) Grammatikalische Auslegung

Ausgangspunkt jeder Analyse muß nach ganz einhelliger Meinung die grammatikalische Interpretation (=Wortauslegung) sein[367], "weil angenommen werden kann, daß derjenige, der etwas sagen will, die Worte in dem Sinne gebraucht, in dem sie gemeinhin verstanden werden[369].

---

365) Larenz, Methodenlehre S. 305;
366) Larenz, Methodenlehre S. 306;
367) BVerfGE 1, 312; 8, 307; 10, 244; 11, 129;
368) MünchKomm-Säcker Einl. 111; Zippelius aaO 57 ff;
369) Larenz, Methodenlehre S. 307;

aa) Wortauslegung der Verweisung

Die Formulierung in § 615 S. 1 BGB "mit der Annahme der Dienste in Verzug" nimmt eindeutig Bezug auf die Regelung im zweiten Buch, erster Abschnitt, zweiter Titel des BGB, § 293 ff, der die amtliche Überschrift "Verzug des Gläubigers" trägt.

"Verzug" ist ein in der Umgangssprache wenig benutzter Begriff. Hingegen hat er im juristischen Sprachgebrauch ein klar umgrenztes Bedeutungsfeld, das in die unterschiedlichen Regelungen des Schuldner- und des Gläubigerverzuges (§§ 284 ff, §§ 293 ff BGB) zerfällt. Ist in diesem Kontext von "Annahme" des Dienstberechtigten, also des Gläubigers der Dienstleistung die Rede, so kann nur auf §§ 293 ff BGB verwiesen sein[370].

bb) Wortauslegung des § 295 S. 1 F. 1 BGB

Hinsichtlich des "wörtlichen Angebots" in § 295 S. 1 BGB läßt sich schwerlich bezweifeln, daß dieses, wenn schon nicht verbal, so doch mindestens konkludent zu erfolgen hat[371].

"Genügt" in § 295 S. 1 BGB bezeichnet nach algemeinem Sprachgebrauch das Mindestmaß des Erforderlichen[372]. Ein abweichender juristischer Sprachgebrauch ist nicht ersichtlich.

Nach grammatikalischer Auslegung ist der Arbeitnehmer also in den kritischen Fällen vorheriger Ablehnungserklärung von einem wörtlichen Angebot nicht entbunden.

---

370) An dieser Auslegung könnte allenfalls mit der Behauptung gezweifelt werden, §§ 293 ff BGB und das Schuldrecht insgesamt seien auf Arbeitsverträge nicht anwendbar, vgl. dazu ausführlich oben D IV6;

371) Allgemeine Meinung, Vgl. oben S. 24 ff, Fn. 79;

372) Vgl. ausführlich oben S. 47 ff;

b) Systematische Interpretation

Mittels systematischer Auslegung wird versucht, den Inhalt einer Einzelnorm aus dem Zusammenhang, dem System der Normen, dem Bedeutungszusammenhang des Gesetzes zu ermitteln[373] und ein Auslegungsergebnis zu erreichen, das die einen Wirklichkeitsausschnitt beherrschenden Rechtssätze zu einem möglichst widerspruchsfreien, kohärenten Sinnganzen zusammenfügt[374].

Die systematische Auslegung setzt logisch voraus, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes mehrere Auslegungsmöglichkeiten vorhanden sind[375]. Das trifft vorliegend allenfalls auf das "genügt" in § 295 S. 1 BGB zu, da immerhin ein Teil der Literatur aus diesem Wort ablesen will, daß ein wörtliches Angebot nicht unter allen Umständen erforderlich sei. Systematisch betrachtet, knüpft "genügt" aber an das regelmäßig erforderliche tatsächliche Angebot in § 294 BGB an, stellt also nur ein Minus zu diesem dar und kann deshalb nicht einen Verzicht auf das Erfordernis des wörtlichen Angebots enthalten[376]. Mangels verschiedener Auslegungsalternativen verbleibt es auch nach der systematischen Interpretation beim Erfordernis eines wörtlichen Angebots.

---

373) Soergel-Schmidt, 10. Aufl., Einl. 112;

374) MünchKomm-Säcker Einl. 114;

375) Soergel-Schmidt, 10. Aufl., Einl. 112; MünchKomm-Säcker Einl. 114;

376) Vgl. ausführlich oben S. 47 ff;

c) Historische Auslegung

Mit Hilfe der historischen Interpretation[377] ist zu überprüfen, ob der Wortlaut des Gesetzes den wirklichen Willen des Gesetzgebers logisch zutreffend verlautbart, ob ein Redaktionsversehen oder eine sonstige, den Willen des Gesetzgebers zu weit oder zu eng wiedergebende Formulierung vorliegt[378].

Gesetzgeber war für das BGB der Reichstag des Jahres 1896. Die Mitglieder der gesetzgebenden Körperschaft bilden sich aber in aller Regel nur eine Meinung über die Regelungsabsicht und den Zweck eines Gesetzes, dessen sozialpolitische Auswirkungen, seine gesamte "Tendenz", nicht aber über Einzelfragen, da diese in ihrer Fülle vom Gesetzgeber nicht alle bedacht werden können[379].

Es muß deshalb unterschieden werden "zwischen der Regelungsabsicht, den Zwecken und ihrer Rangfolge sowie den Grundentscheidungen des Gesetzgebers auf der einen Seite, und den konkreten Normvorstellungen der an der Beratung und Abfassung des Gesetzestextes beteiligten Personen auf der anderen Seite[380].

Entwürfe, Beratungsprotokolle, Begründungen, Parlamentsberichte u.ä. sind idR nicht sämtlich vom Willen des eigentlichen Gesetzgebers umfaßt und daher für den Auslegenden auch nicht verbindlich; sie geben

---

377) Teils auch "genetische Interpretation" genannt, MünchKomm-Säcker Einl. 112;

378) MünchKomm-Säcker Einl. 112;

379) Larenz, Methodenlehre S. 316;

380) Larenz, Methodenlehre S. 316;

jedoch wichtige Hinweise auf die verfolgten Regelungszwecke und sind insoweit ein nahezu unentbehrliches Hilfsmittel des Auslegenden. Zu interpretieren sind sie "auf dem Hintergrund des damaligen Sprachverständnisses, der damaligen Lehre und Rechtsprechung, soweit die Verfasser des Gesetzes sie ausdrücklich übernehmen wollten oder ersichtlich von ihnen beeinflußt waren, der vom damaligen Gesetzgeber vorgefundenen Normsituation, also derjenigen realen Gegebenheiten, denen er Rechnung tragen wollte"[381]. Ausgehend von der Rechtslage vor Inkrafttreten des BGB ist deshalb der Werdegang des § 615 S. 1 BGB zu untersuchen.

aa) Rechtslage vor Inkrafttreten des BGB

Ausgangspunkt der Überlegungen zur Regelungsabsicht des Gesetzgebers muß die Rechtslage vor Inkrafttreten des BGB sein.

(1) Rechtslage im gemeinen Recht

Im Bereich des gemeinen Rechts bestand weitgehend Einigkeit darüber, daß der Dienstverpflichtete seinen Anspruch auf die Gegenleistung behält, wenn er seinerseits zur Leistung der Dienste bereit und imstande ist, der Dienstberechtigte diese aber nicht annehmen will, insbesondere den Arbeitnehmer unberechtigterweise entläßt, oder auch ohne seine Schuld nicht annehmen kann[382].

---

381) Larenz, Methodenlehre S. 319; Oertmann AcP 116, 42: "höchst schätzbares Beurteilungsmaterial";

382) "Qui operas suas locavit totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet". 11. 19 § 9,10, 38 pr.Dig. 19,2; Rosenberg aaO 271; Windscheid Pand II § 401 mwN; Wendt aaO § 260; Baron aaO § 296; Keller aaO § 340; Dernburg Pandekten II § 112:" ist der Lohn zu zahlen, wenn der Mieter die Dienste willkürlich zurückweist oder aus in seiner Person lie-

Zur Erhaltung des Anspruchs war im gemeinen Recht ein wörtliches Angebot nicht erforderlich[383].

Bestritten war lediglich, ob es sich dabei um einen Schadensersatz- oder einen Erfüllungsanspruch handle[384].

Auch nach gemeinem Recht mußte sich der Arbeitnehmer das durch anderweitige Arbeit in der vertragsmäßigen Zeit Gewonnene abziehen lassen[385].

Für den Bereich des allgemeinen Schuldrechts war die Erforderlichkeit einer Verbaloblation umstritten.

Die Befürworter eines wörtlichen Angebots nach Ablehnungserklärung argumentierten, die Weigerung des Gläubigers sei möglicherweise nicht ernst gemeint oder entspringe nur einer vorübergehenden Laune[386].

Die Gegner sahen keinen Grund, den Gläubiger gegen seine eigenen Launen zu schützen[387]. Wenn der Gläubiger bereits bestimmt erklärt habe, daß er die Leistung nicht annahme, so sei es auch ohne weitere Schritte des Schuldners gewiß, daß der Grund der

---

genden Gründen nicht brauchen oder annehmen kann"

383) Staub, 6./7. Aufl., § 70 Anm. 1;

384) Oertmann, 1.Aufl., § 615 Anm. 1; Rosenberg JJb 271; Endemann, 2. Aufl, S. 129; Thoel, 5. Aufl., S. 277; Gareis-Fuchsberger Art. 62 Not. 129; Puchelt-Förtsch Art 62-64 HGB Anm. 7; Staub, 5. Aufl, Art. 62 § 4, 6;

385) Oertmann, 3./4. Aufl, § 615 Anm. 1; Thoel, 5. Aufl, S.277; ROHG 2, 286; anders teilweise RG 3 Nr. 51;

386) Rosenberg JJb 43, 195; Kohler ArchBürgR 13, 197; im Erg. Staudinger-Werner, 10./11.Aufl., § 295 Rz 1: §295 BGB entspreche dem früheren gemeinen Recht; Dernberg Pand. II § 43;

387) Schenker aaO S. 185;

Nichterfüllung am Gläubiger liege, sofern nur der Schuldner vor dieser kategorischen Annahmeverweigerung dasjenige getan habe, was ihm oblag. In diesen Fällen sei es zwar "praktisch zweckmäßig, allein vom Standpunkte der Wissenschaft betrachtet ein purer Luxus", dem Gläubiger noch eine Verbaloblation zukommen zu lassen[388].

Die Rechtsprechung des ROHG nahm überwiegend an, die "ernstliche anticipirte Abnahmeverweigerung" entbinde den Verkäufer von der Verpflichtung der Anwendung fernerer Tätigkeit zur Herbeiführung der Vertragserfüllung, da diese ersichtlich eine nutzlose sein würde und verlegte den Anfang des Verzugs auf den Zeitpunkt der Annahmeverweigerung[389].

(2) Rechtslage nach dem preussischen Allgemeinen Landrecht

Nach preussischem Allgemeinem Landrecht geriet der Gläubiger ohne Realoblation des Schuldners in Abnahmeverzug, wenn er dem Schuldner im voraus in bestimmter Weise erklärt hatte, daß er das Schuldobjekt nicht annehmen werde[390].

---

388) Kohler JJb 17, 401, 403 mwN; im Erg. Windscheid Pand II § 345: tatsächliche Leistungsbereitschaft nicht erforderlich, wenn der Gläubiger im voraus mit Bestimmtheit die Nichtannahme erklärt hat; differenzierend Baron aaO § 241: je nach Erfüllungsort sei bald Real-, bald Verbaloblation erforderlich; einschränkend Oertmann § 295 Anm. 1: "in gewissen Fällen" genüge ein wörtliches Angebot;

389) ROHG 10 Nr. 51 S. 238; 13 Nr. 17 S. 59; 18 Nr. 87 S. 326; ausdrücklich offen gelassen in ROHG 16 Nr. 107 S. 422, weil aus der Nichtannahmerklärung nicht entnommen werden könne, ob der Schuldner zur Erfüllung im Stande gewesen sei;

390) Dernburg, Pr. Privatrecht II § 73;

Im übrigen war für den Gläubigerverzug Verschulden erforderlich[391].

Für den Annahmeverzug des Dienstberechtigten hatte das preussische Allgemeine Landrecht keine besondere Bestimmung. Aufgrund A.L.R. I, 11 § 878 verb. mit I, 5 §§ 408, 409, I, 11 § 879 verb. mit I, 5 § 364 konnte bei Erfüllungsverweigerung der andere Teil vom Vertrag zurücktreten und Entschädigung verlangen, so daß der Lohnanspruch praktisch erhalten blieb[392]. Wurde die Leistung durch Ereignisse in der Person des Dienstherrn oder eines Dritten unmöglich, so war der Vertrag aufgehoben und es entfiel auch das Recht des Dienstverpflichteten auf die Gegenleistung, wobei nicht danach unterschieden wurde, wo der Zufall eingetreten war[393].

(3) Die Regelung im Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch

Nach § 1239 S. 1 Sächs. BGB war der Dienstberechtigte verpflichtet, "die Gegenleistung zu entrichten, selbst wenn er von den Diensten keinen Gebrauch macht, vorausgesetzt, daß der Dienstleistende zu den Diensten bereit war". § 1239 S. 2 Sächs. BGB regelte die Anrechnung anderweitigen Verdienstes.

---

391) A.L.R. I, 11 §§ 98, 102, 103, 939, 940; Staudinger-Werner, 10./11. Aufl., Anm. 1 vor § 293; Dernburg, Pr. Privatrecht II § 192;

392) Motive zu § 561 S. 462; Oertmann, 1.Aufl., § 615 Anm. 1; Türcke-Niedenführ-Winter, 2.Aufl., § 615 Anm. 1; Staub, 5.Aufl., Art. 62 § 4;

393) Motive zu § 561 S. 462; Oertmann, 1.Aufl., § 615 Anm. 1;

Hinsichtlich der allgemeinen Annahmeverzugsregelung ließ § 748 Sächs. BGB in der Regel ein wörtliches Angebot ausreichen, "vorausgesetzt, daß der Verpflichtete bereit ist, die Forderung in der Weise zu erfüllen, wie ihm nach dem Inhalt derselben obliegt....ausgenommen, wenn der Gläubiger im Voraus gegen den Schuldner erklärt, daß er die Erfüllung nicht annahmen werde."

Im Gegensatz zum heutigen § 295 S. 1 BGB forderte das Sächs. BGB nach vorheriger Ablehnung also ebenso wie die h.M. im gemeinen Recht kein wörtliches Angebot mehr.

(4) Sonstige Gesetzbücher und Entwürfe

Auch die meisten neueren Gesetzbücher und Entwürfe vor dem BGB schrieben vor, daß der Gläubiger in Verzug kommt, wenn er die angebotene Leistung nicht annimmt[394].

Soweit sie eigene Regelungen für die vorherige Nichtannahmeerklärung enthielten, ließen sie den Lohnanspruch des Dienstverpflichteten ohne weiteres wörtliches Angebot bestehen[395].

---

394) Rosenberg JJb 43, 149 mwN;

395) Vgl. z.B. Entw. eines bürgerl. Gesetzbuches für das Großherzogtum Hessen, Art. 222 Abs. 1:"Ist der Dingende durch eigene Schuld oder durch Zufall verhindert, von den gedungenen Diensten Gebrauch zu machen, so muß er gleichwohl den versprochenen Lohn dem Dienstverdinger zahlen, vorausgesetzt, daß der letztere zur Dienstleistung bereit, und ihm nicht nachgewiesen werden kann, daß er unterdessen einen anderen Verdienst zu erwerben im Stande war." Gem. Art. 309 S. 3 des Dresdner Entwurfs ("Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse"von 1864 = DE) war nach Ablehnungserklärung des Gläubigers ein "Anerbieten"

(5) Zusammenfassung

Die zur Zeit der Beratungen des BGB vorliegenden Entwürfe und Kodifikationen des Privatrechts sowie das gemeine Recht verlangten zur Erhaltung des Lohnanspruchs nach vorheriger Ablehnungserklärung des Gläubigers kein Angebot des Arbeitnehmers. Eine Differenzierung danach, ob sich das Dienstverhältnis bereits im Vollzug befindet, wurde nicht getroffen.

Auch im Bereich des allgemeinen Schuldrechts wurde nach vorheriger Ablehnungserklärung ein wörtliches Angebot überwiegend nicht verlangt.

bb) Die Vorarbeiten zum ersten Entwurf

Durch die sog. "lex Miquel-Lasker; wurde dem Reichstag 1873 die Gesetzgebungskompetenz zur Schaffung eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich eingeräumt. Die daraufhin vom Reichstag 1874 eingesetzte Vorkommission sollte nach ihrer Zielsetzung einen vollständig neuen Entwurf erarbeiten.

Der mit den Vorarbeiten für das Recht der Schuldverhältnisse betraute Teilredaktor von Kübel erkrankte bald nach Arbeitsbeginn und als am 1.10.1881 die Hauptberatungen der 1. Kommission (Prot. I) begannen, war der Schuldrechts-Teilentwurf nicht abgeschlossen.

---

nicht mehr erforderlich. Nach dem "Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern" von 1861 war der Dingende "verpflichtet, den versprochenen Lohn zu zahlen und die bereits gemachten, im Lohne nicht begriffenen Auslagen des Dienstverdingers zu ersetzen", wenn die Vollziehung des Vertrages von seiner Seite verhindert wurde, vgl. Art. 498 Abs. 1 mit Motiven;

Erst 1882 konnte von Kübel die "Allgemeinen Lehren" sowie einige Teile des Besonderen Teils fertigstellen. Für den Rest, zu dem auch das Dienstrecht zählte, legte die Kommission ihren Beratungen den Dresdner Entwurf[396] nebst einer Materialzusammenstellung zugrunde, die hinsichtlich des Dienstrechts von Struckmann erarbeitet worden war[397].

(1) Die Vorarbeiten zu § 615 S. 1 BGB

Der § 615 S. 1 BGB entsprechende Art. 625 S. 1 DE lautete:"Können die Dienste durch Verschuldung des Dienstherrn oder wegen eines in dessen Person eingetretenen Zufalls nicht oder nur teilweise geleistet werden, während der Dienstverdinger zu der Dienstleistung bereit war, so ist der Dienstherr verpflichtet, dem Dienstverdinger neben der Entrichtung des vertragsmäßigen Lohns auch die von ihm gemachten, nicht im Lohn begriffenen Auslagen zu erstatten." Art. 625 S. 2 und 3 DE betrafen die Abzüge für anderweitigen Verdienst und Auslagenersparnis.

Zu Art. 625 DE wurde in der 1. Kommission u.a. beantragt:

"Ist der Dienstberechtigte durch einen in seiner Person liegenden Grund verhindert worden, von den Diensten Gebrauch zu machen, so findet Art. 373[398] entsprechende Anwendung"[399].

---

396) = DE; vgl. Fn. 395;

397) Jakobs-Schubert, Materialien S. 45; Hedemann aaO S. 41;

398) Zahlungspflicht des Mieters auch bei Nichtausübung des Gebrauchs, Anm. des Verf.;

399) Antrag 1, Prot. I S. 2261;

"Ist der Dienstberechtigte im Verzuge der Annahme[400] der Dienste, so gelten dieselben für diejenige Zeit, während welcher der Verzug dauert, als geleistet..... Für die Zeit, während welcher der Dienstverpflichtete außer Stand gesetzt war, dem Dienstberechtigten die Dienste zu leisten, gelten die Dienste als nicht geleistet"[401].

"Hat der Dienstberechtigte im Falle seines Verzuges die Gegenleistung zu bewirken,...."[402].

Von der Kommission wurde die zweite Variante[403] mit folgenden Erwägungen und Änderungen gebilligt:

"Die Mehrheit erachtete es zugleich für nöthig, eine solche Bestimmung in das Gesetzbuch aufzunehmen und in derselben namentlich auch vom Verzuge der Annahme[404] zu reden, nahm dagegen Anstoß an dem Ausdrucke "die Dienste gelten als geleistet", entschied vielmehr für die Ausdrucksweise:"...ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein"[405].

Bei der Miete wirke der einseitige Akt der Zurverfügungstellung der Mietsache, sofern der Ausübung des Gebrauchs kein objektives Hindernis entgegenstehe, nicht bloß als Erfüllung der Vorleistungspflicht, sondern entfalte die wirkliche (reelle) Erfüllung der

---

400) Unterstreichung vom Verf.;
401) Antrag 3, Prot. I S. 2261;
402) Antrag 5, Prot. I S. 2263;
403) Also Antrag 3;
404) Art. 309 ff DE;
405) Prot. I S. 2263;

letzteren[406], demzufolge die Vorschriften über den Annahmeverzug nicht weiter in Betracht kommen könnten. Das hieraus sich ergebende Prinzip in das Gesetz aufzunehmen, sei nicht für nöthig befunden...."[407].

Die Selbstverständlichkeit dieses Prinzips, d.h. daß die Zurverfügungstellung der Leistung gleichzeitig die Erfüllung bedeute, sei für den Dienstvertrag aber nicht anzuerkennen. "Solle das Prinzip auch für den Dienstvertrag gelten, so gewinne es für den letzteren den Sinn:

> Die Vorleistungspflicht des Dienstverpflichteten sei erfüllt, wenn der letztere zur Dienstleistung im Stande sei und sich bereit erkläre.

Es liege zu Tage, daß die beiden Erfordernisse nicht genügten, um die wirkliche (reelle) Dienstleistung annehmen zu können[408]. Die Nothwendigkeit, das leitende Prinzip auszusprechen, sei daher unverkennbar. In Ansehung der Art und Weise, wie ihm Ausdruck zu leihen sei, ergebe sich zunächst als zweifellos, daß nicht gesagt werden dürfe, die Dienstleistung sei erfolgt, wenn die betreffenden Erfordernisse vorliegen, vielmehr dürfe nur davon die Rede sein, die Dienstleistung gelte alsdann als bewirkt. Allein damit würde in wenig zutreffender Weise eine Fiktion ausgesprochen. Weit angemessener und zugleich einfacher sei, die an die Fiktion sich knüpfenden Folgen hervorzuheben, also zu bestimmen, der Dienstverpflichtete habe

---

406) Anm. des Verf.: also der Leistungspflicht;

407) Prot. I, S. 2264;

408) Anm. des Verf.:"annehmen" ist nicht iSv §§ 293 ff BGB zu verstehen; gemeint ist vielmehr, daß noch nicht Erfüllung der Dienstleistungspflicht vorliegt, wenn der Dienstverpflichtete zur Dienstleistung imstande ist und sich bereit erklärt;

eintretendenfalls Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung, ohne zur Nachleistung der Dienste verbunden zu sein...Das in Rede stehende Recht des Dienstverpflichteten hänge einleuchtend davon ab, daß er zur Vorleistung fertig und bereit war und daß er rechtzeitig und ordnungsgemäß sich zur Erfüllung erboten habe. Betrachte man diese Erfordernisse näher, so trete überzeugend hervor, daß sie mit denen des Annahmeverzugs von Seiten des Dienstberechtigten zusammenfielen[409]. Das Gesetz werde entschieden an Einfachheit und Verständlichkeit gewinnen, wenn mit dem Antrage No. 3 das Recht des Dienstverpflichteten von den Erfordernissen des Annahmeverzugs des Dienstberechtigten abhängig gemacht werde"[410].

(2) Die Vorarbeiten zu § 295 S. 1 F. 1 BGB

Ausgangspunkt der Beratungen der 1. Kommission über die Gläubigerverzugsvorschriften waren §§ 29 ff des Teilentwurfs zum Obligationenrecht, den von Kübel 1882 vorgelegt hatte. § 30 des Entwurfs lautete[411]:

> " Zu einem wirksamen Anerbieten genügt die Bereitschaftserklärung, vorausgesetzt, daß der Schuldner oder sein Vertreter zur Leistung nach Maßgabe der Verbindlichkeit im Stande ist.
> Wenn jedoch der Schuldner bewegliche Sachen zu überbringen oder eine Handlung an einem bestimmten Orte vorzunehmen hat, so ist außerdem ein der Verbindlichkeit entsprechendes thatsächliches Anerbieten erforderlich, es hätte denn der Gläubiger im Voraus bestimmt erklärt, daß er die Leistung nicht annehmen werde"[412].

---

409) Unterstreichungen vom Verf.;
410) Prot. I S. 2265;
411) Prot. I S. 1225;
412) Unterstreichung vom Verf.;

Hinsichtlich der hier relevanten Erfordernisse nach vorheriger Ablehnungserklärung wurde im Antrag 1 zu § 30 des Entwurfs folgende Formulierung vorgeschlagen[413]:

> "Hat der Gläubiger im voraus mit Bestimmtheit erklärt, daß er die Leistung nicht annehmen werde, so genügt Bereitschaft zu dieser Thätigkeit und die davon dem Gläubiger gemachte Mittheilung".

Eventuell sollten die Worte "und die davon dem Gläubiger gemachte Mittheilung" weggelassen werden (Antrag 1 a).

Antrag 2 a befürwortete folgende Fassung[414]:

> "Hatte der Gläubiger im Voraus bestimmt erklärt, daß er die Leistung nicht annehmen werde, so genügt es, wenn der Schuldner zur Zeit der Bereitschaftserklärung im Stande ist, die Leistungsbereitschaft, sobald der Gläubiger seine Weigerung zurücknimmt, herzustellen und bedarf es in solchen Fällen insbesondere des in Absatz 2 vorgeschriebenen thatsächlichen Anerbietens nicht."

In Antrag 4 hingegen wurde auf jedes Angebot verzichtet[415]:

> "Hat der Gläubiger erklärt, daß er die Leistung nicht annehmen werde, so ist ein solches Anerbieten nicht erforderlich."

---

413) Prot.I S. 1226, bei Jakobs-Schubert, Schuldrecht I S. 336;

414) Prot. I S. 1227, bei Jakobs-Schubert, Schuldrecht I S. 336;

415) Prot. I S. 1229, bei Jakobs-Schubert, Schuldrecht I S. 337;

Die 1. Kommission entschied in ihrem Beschluß Nr. 4 wie folgt[416]:

> "Hat der Gläubiger vor der Realoblation (im Voraus) dem Schuldner erklärt, er werde nicht annehmen, so ist die sonst nöthige Realoblation nicht erforderlich; es genügt, Verbaloblation verbunden mit Leistungsvermögen."

Diese Vorschrift "werde gerechtfertigt durch ein praktisches Bedürfnis. Die darin erwähnte einseitige Erklärung des Gläubigers möge nach allgemeinen Grundsätzen für wirkungslos zu erachten sein. Allein es würden sich praktische Übelstände ergeben, wenn ihr nicht die in dem Beschluß bezeichnete Wirkung beigelegt werde. Ihre Wirkungslosigkeit würde den Schuldner zu einem Verhalten zwingen, welches mit ... Aufwendungen verbunden zu sein pflege und im Interesse keines Theils liege. Zudem erscheine es nur billig, den Gläubiger gleichsam an seiner Erklärung festzuhalten, so lange er sie nicht widerrufe und dadurch ihre Wirksamkeit beseitige,..."[417].

Nach Abschluß der Beratungen der 1. Kommission befand sich die Vorschrift in § 255 Abs. 2 des 1. Entw. und hatte folgenden Wortlaut:

> "Das nur wörtliche Anbieten in Verbindung mit dem Leistungsvermögen des Schuldners ist jedoch genügend:
> 1. Wenn der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde;
> 2. ...."

---

416) Prot. I S. 1231, bei Jakobs-Schubert S. 338;
417) Prot. I S. 1235;

Bevor aus diesem Teil des § 255 des 1. Entw. § 295 S. 1 F. 1 BGB wurde, veränderte er noch mehrmals seine Stellung innerhalb der Gläubigerverzugsvorschriften; inhaltlich jedoch ergab sich nichts Neues mehr[418].

cc) Fassung der Vorschrift im ersten Entwurf, Motive und Kritik

In ihrer Endfassung nach den Beratungen der 1. Kommission, also im sog. 1. Entwurf von 1888, befand sich die Bestimmung über den Annahmeverzug des Dienstberechtigten in § 561 und hatte folgenden Wortlaut:

> "Kommt der Dienstberechtigte in Verzug der Annahme der Dienste, so hat der Dienstverpflichtete für die Dauer des Verzuges Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung, ohne zur Nachleistung der Dienste verpflichtet zu sein. Die Vorschriften des § 368 Abs. 2 Satz 2[419] finden entsprechende Anwendung".

Die dazu veröffentlichten Motive geben - meist wörtlich - die bereits in den Protokollen angeführten Überlegungen wieder und bringen wenig Neues.
Ausdrücklich wird wiederholt, daß die Erfordernisse, die an den Erhalt der Vergütung zu stellen seien, nämlich daß der Dienstverpflichtete zur Vorleistung fertig war und er rechtzeitig und ordnungsgemäß sich zur Erfüllung erboten hatte, mit denen des Annahmeverzuges nach § 255 des 1. Entw. zusammenfielen und daß das Gesetz durch diese Bezugnahme auf die Erfordernisse des Annahmeverzugs an Einfachheit und Verständlichkeit gewinne[420].

---

418) Jakobs-Schubert, Schuldrecht I S. 344 ff;
419) Anm. des Verf.: Anrechnung anderweitigen Erwerbs;
420) Motive zu § 561, S. 462 ff;

"Das von dem Entwurf angenommene Prinzip liege, wenngleich weniger klar und bestimmt ausgesprochen, auch allen denjenigen Gesetzgebungswerken zugrunde, welche bestimmen, daß der Dienstverpflichtete die Vergütung auch dann fordern kann, wenn der Dienstberechtigte wegen eines in seiner Person eingetretenen Zufalls von den Diensten keinen Gebrauch machen kann (vgl. Sächs. BGB §§ 1235, 870, 1239; Österr. G.B. § 1155; Hess. Entwurf Art. 222; Bayr. Entwurf Art. 498; Dresdner Entwurf Art. 625;)"[421].

Die Kritiker des 1. Entwurfs erhoben den Vorwurf, daß dieser den Dienstvertrag, ohne der Vertragsfreiheit die erforderlichen Schranken zu ziehen, lediglich unter dem Gesichtspunkt der römischen Dienstmiete nach Analogie der Sachmiete geregelt habe[422]. Immerhin sei durch den modernen Ausdruck "Dienstvertrag" schon viel gewonnen und es würden die aus jener unrichtigen Auffassung sich ergebenden Konsequenzen verhütet werden[423].

Anderen gingen die Parallelen zum Mietvertrag nicht weit genug:"Es sei nicht einzusehen, weshalb beim Mietvertrag die Zurverfügungstellung der Mietsache gegenüber dem Miether wie eine Erfüllung wirken solle, beim Dienstvertrag aber die Fähigkeit und Bereitwilligkeit zur Leistung der Dienste nicht". § 561 S. 2 des Entwurfs[424] sei deshalb nicht zu streichen , was umso-

---

421) Motive zu § 561, S. 462;

422) Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen S. 303;

423) Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen S. 304;

424) D.h. die Anrechnung anderweitigen Erwerbs, Anm. des Verf.;

mehr gelten müsse, als der Dienstherr in den meisten Fällen die ihm zustehenden Dienstleistungen weiterverdingen, jedenfalls aber als der wirtschaftlich Stärkere, den Schaden leichter tragen könne als der Dienstnehmer[425].

dd) Beratungen der 2. Kommission mit Protokollen (Prot. II)

In den Beratungen der zweiten Kommission wurden die Rechtsgrundlagen des Gläubigerverzugs nicht mehr diskutiert[426]. Zu § 561 des 1. Entwurfs (= § 615 BGB) lag lediglich ein redaktioneller Antrag vor.

Hingegen war zu § 561 des 1. Entwurfs (= § 616 BGB) beantragt, statt "durch einen in seiner Person liegenden Grund" zu setzen: "außer dem in § 561 bezeichneten Falle"[427], weil § 562 insofern zu eng sei, als er dem Dienstverpflichteten den Lohnanspruch nur belasse, wenn der Grund der Verhinderung in seiner Person liege. Auch in anderen Fällen unverschuldeter Verhinderung liege aber keineswegs immer Annahmeverzug des Dienstgebers vor, so daß § 561 des 1. Entwurfs Anwendung finde, wie z.B. bei Unmöglichkeit aufgrund Brand oder Überschwemmung in der Fabrik[428]. Der Verlust der Vergütung in diesen Fällen nach § 368 Abs. 1 des 1. Entw. (= §§ 323, 324 BGB) widerspreche der Billigkeit.

---

425) Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen S. 309;

426) Prot. II S. 328-333; Hüffer aaO S. 15;

427) Antrag 3, Prot. II S. 2147, bei Mugdan II S. 899;

428) Prot. II S. 2148, 2149, bei Mugdan II S. 899;

Die Mehrheit für die Ablehnung dieses Antrags rekrutierte sich aus Vertretern verschiedener Standpunkte.

Nach einer Ansicht waren die Fälle einer vom Dienstverpflichteten nicht verschuldeten Verhinderung der Dienstleistung durch §§ 561, 562 des 1. Entw. (= §§ 615, 616 BGB) erschöpfend geregelt, da eine solche Verhinderung ihren Grund nur entweder in der Person des Verpflichteten habe oder aber iSd Entw. Annahmeverzug vorliege[429]. Störung des Fabrikbetriebes begründe mangels Bereitstellung der Sache nach § 255 des 1. Entw. (= §§ 294–297 BGB) Annahmeverzug, wenn der Dienstnehmer sich zur Leistung der Dienste erbiete und persönlich dazu im Stande sei[430].

Der andere Teil der Kommissionsmehrheit stimmte dem Antrag 3 zwar darin zu, daß bei Störung des Fabrikbetriebes nicht Annahmeverzug, sondern Unmöglichkeit vorliege, jedoch hielt man den Lohnverlust nach § 368 des 1. Entw. (= §§ 323, 324 BGB) für angemessen und lehnte den Antrag aus diesem Grunde ab.

Nach Abschluß der Kommissiosberatungen wurde aus § 561 S. 1 des 1. Entw. im 2. Entw. von 1895 § 556 S. 1 mit folgendem Wortlaut:

> "Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die in Folge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein".

---

429) Prot. II S. 2149, bei Mugdan II S. 900;
430) Prot. II S. 2150, bei Mugdan II S. 900;

S. 2 der Vorschrift enthielt wiederum die Anrechnungsmöglichkeit für anderweitigen Verdienst.
Der Unterschied zu § 561 S. 1 des 1. Entw. besteht praktisch nur in der Hervorhebung des Erfordernisses der Kausalität zwischen Verzug und Nichtleistung der Dienste ("in Folge"), ist also für vorliegende Fragestellung nicht von Bedeutung.

ee) Weiterer Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens

Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens ergaben sich nur noch geringfügige Veränderungen der Vorschrift. Anträge wurden nur noch zu S.2 gestellt[431].

Im 3. Entw., der sog. Reichstagsvorlage von 1896, war der Annahmeverzug des Dienstberechtigten in § 608 geregelt, dessen S. 1 denselben Wortlaut hatte wie § 556 S. 1 des 2. Entw.[432].

Die Denkschrift zur Reichstagsvorlage betonte, daß die Vorschriften über den Dienstvertrag (§§ 604–620 des 3. Entw.) für alle Verträge unbeschadet der Art der zugesagten Dienste gelten, soweit sie nicht durch neben dem BGB in Kraft bleibende Reichs- oder Landesgesetze geregelt seien[433].

---

431) Zweite Berathung im Plenum des Reichstages, 111. Sitzung, bei Mugdan II S. 1342;

432) Vgl. S. 152;

433) Denkschrift zur Reichstagsvorlage S. 118 und Bericht der Reichstagskommission S. 74; diese Einschränkung war rechtstatsächlich von erheblicher Bedeutung, da insbesondere Gewerberecht und Gesindeordnungen der Länder Spezialvorschriften enthielten;

ff) Gesamtwürdigung der Überlegungen des Gesetzgebers

Bei einer Gesamtwürdigung der Überlegungen des historischen Gesetzgebers kann es im Rahmen der Gesetzesauslegung selbstverständlich nicht um eine rechtspolitische Kritik an bewußt getroffenen Regelungen gehen[434], sondern nur darum, ob die Normierung dem entspricht, was geregelt werden sollte, ob die verfolgten Zwecke erreicht wurden und ob die den Vorschriften zugrunde liegenden Überlegungen tatsächlich zutrafen, mit anderen Worten, ob dem Gesetzgeber Irrtümer oder Fehler unterlaufen sind, die zur Annahme einer Gesetzeslücke berechtigen[435].

(1) Keine erschöpfende Regelung der vom Arbeitnehmer nicht verschuldeten Verhinderungsgründe

Wie oben **S. 152 ff** dargelegt, ging ein erheblicher Teil der 2. Kommission davon aus, daß die Möglichkeiten einer vom Arbeitnehmer nicht verschuldeten Verhinderung an der Dienstleistung durch §§ 561, 562 des 1. Entw. (= §§ 615, 616 BGB) erschöpfend geregelt seien, da eine solche Verhinderung ihren Grund nur entweder in der Person des Verpflichteten haben könne (dann § 562 des 1. Entw.) oder Annahmeverzug vorliege (dann § 561 des 1. Entw.). Streitig war lediglich, ob die heute unter dem Begriff Betriebsstörung zusammengefaßten Fälle zum Annahmeverzug oder zur Unmöglichkeit führen und welche rechtlichen Folgen daran geknüpft werden sollten.

---

434) Zur Abgrenzung vgl. Larenz, Methodenlehre S. 359; Canaris aaO S. 87;

435) Unberücksichtigt bleiben muß deshalb z.B. die schon kurz nach Inkrafttreten des BGB entbrannte Kritik am Erfordernis des wörtlichen Angebots, vgl. Oertmann, 3./4. Aufl., § 615 Anm. 2 mwN; Schenker JJb 79, 185: formale Verbaloblation entspreche nicht dem gesunden Rechtsempfinden; Rosenberg JJb 43, 192 f mwN: offenbare Unbilligkeit;

Entgegen der Annahme der 2. Kommission kann aber eine vom Dienstverpflichteten nicht verschuldete Verhinderung der Dienstleistung auch ohne einen Grund in seiner Person, ohne Annahmeverzug und ohne Unmöglichkeit vorliegen, nämlich gerade dann, wenn der Verzugseintritt nach vorheriger Ablehnungserklärung am fehlenden wörtlichen Angebot scheitert. Von einem Grund in der Person des Arbeitnehmers am Unterbleiben der Dienstleistung könnte hier allenfalls gesprochen werden, wenn man unterstellen wollte, daß das Angebot den Arbeitgeber zu einer anderen Entscheidung bewogen hätte und dem Arbeitnehmer die Unterlassung des Angebots insofern als Pflichtverletzung zurechnete, was aber als abwegig erscheint. Die primäre und maßgebliche Ursache für das Unterbleiben der Dienstleistung ist hier vielmehr die Weigerung des Arbeitgebers.

Die 2. Kommission irrte also insofern, als die §§ 561, 562 des 1. Entw. und damit die heutigen §§ 615, 616 BGB tatsächlich keine erschöpfende Regelung aller Fälle einer vom Dienstverpflichteten nicht verschuldeten Verhinderung der Dienstleistung beinhalten.

Nimmt man hinzu, daß die Konsequenzen der Verweisung auf §§ 293 ff BGB in keiner Phase des Gesetzgebungsverfahrens im einzelnen durchdacht wurden, so erscheint die Annahme der 2. Kommission, es handle sich um eine erschöpfende Regelung, als starkes Indiz dafür, daß sie das Problem des fehlenden wörtlichen Angebots nach vorheriger Ablehnung nicht gesehen hat. Dafür spricht auch, daß die Frage der erschöpfenden Regelung nur unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit streitig war[436], nie aber unter dem des wörtlichen Angebots.

---

436) Vgl. oben S. 152 ff;

(2) Vergleich mit § 616 BGB

§ 616 BGB beläßt dem Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf Annahmeverzug des Arbeitgebers den Anspruch auf die Vergütung, wenn er "für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird."

Für den umgekehrten Fall des Eintritts der Verhinderung in der Person des Arbeitgebers enthält das Gesetz keine besondere Vorschrift, weil man diesen Fall schon durch § 615 BGB für gedeckt hielt[437].

Während also bei einem unverschuldeten Hinderungsgrund in der Person des Arbeitnehmers der Lohnanspruch aus § 616 BGB ohne weiteres erhalten bleibt, verlangt § 615 BGB bei einem Hindernis aus dem Bereich des Arbeitgebers zusätzlich ein Angebot des Arbeitnehmers.

Zu Recht bezeichnet es Oertmann[438] als "hellen Widersinn", den aus Gründen auf seiten des Gegners an der Leistung Gehinderten schlechter zu stellen als bei Hindernissen in seiner eigenen Person[439].

Letztlich läßt sich auch diese Ungereimtheit nur damit erklären, daß der Gesetzgeber annahm, bei Hinderungsgründen in der Person des Arbeitgebers liege immer Annahmeverzug vor[440], weil er §§ 615, 616 BGB für eine erschöpfende Regelung hielt[441].

---

437) Oertmann AcP 116, 26; Motive S. 461; Prot. II S. 2147 ff, bei Mugdan S. 899 ff;

438) AcP 116, 25;

439) Dito Boer GruchBeitr 54, 505 und Begründung des Antrags 3 zu § 561 in der 2. Kommission, Prot. II S. 2149, bei Mugdan S. 900, vgl. oben S. 152 ff;

440) Vgl. oben S. 152 ff;

441) Vgl. oben S. 152 ff;

Diese Annahme mag zwar für den Regelfall der Ablehnung eines tatsächlichen Angebots zutreffen, nicht aber bei vorheriger Ablehnungserklärung. Auch die durch die Mitverweisung auf § 295 S. 1 F. 1 BGB verursachte Unausgewogenheit von §§ 615 und 616 BGB legt also den Schluß nahe, daß der Gesetzgeber deren Folgen nicht gesehen hat.

(3) Gewinn an Einfachheit und Verständlichkeit

Ob ein Gesetz durch Verweisungen ganz allgemein an Einfachheit und Verständlichkeit gewinnt (vgl. S. 150 unten), ist zumindest sehr zweifelhaft und hängt entscheidend davon ab, ob die Frage aus der Sicht eines Laien oder eines Juristen beurteilt wird.

Im vorliegenden Fall ist zuzugeben, daß die Rückverweisung auf die Annahmeverzugsvorschriften dem Gesetzgeber eine neue und eigenständige Definition der an die Demonstration der Leistungsbereitschaft zu stellenden Anforderungen ersparte und insofern eine Vereinfachung darstellt.

Abgesehen davon aber zeigen sich die typischen Schwierigkeiten der Verweisungstechnik, die darin liegen, daß die anzuwendenden Vorschriften auf den geregelten Fall nicht speziell zugeschnitten sind, weil sie für einen anderen Normbereich bzw. für das Schuldrecht allgemein konzipiert worden waren.

Bei der hier untersuchten Verweisung paßt nach allgemeiner Meinung[442)] § 295 S. 1 F. 1 BGB nicht für den Annahmeverzug des Dienstberechtigten. Damit konkretisieren sich der Nachteil und die Unzulänglichkeiten der Verweisungstechnik.

---

442) Vgl. oben S. 5, Fn. 10;

Jedenfalls insoweit kann deshalb entgegen der Annahme des Gesetzgebers von einem Gewinn an Einfachheit und Verständlichkeit nicht die Rede sein. Vielmehr muß angenommen werden, daß den im vorigen Jahrhundert von der Regelung Betroffenen diese nicht einleuchtender erschien als heutigen Arbeitnehmern, die auf den Rat, z.B. nach einer fristlosen Kündigung nochmals beim Arbeitgeber vorzusprechen, verständnislos bis erbost reagieren. Auch aus dem Gesichtspunkt der verfehlten Vereinfachung kann somit der Schluß gezogen werden, daß der Gesetzgeber die Konsequenzen der Verweisung auf § 295 S. 1 F. 1 BGB nicht gesehen hat.

(4) Die Neuheit der Regelung des § 295 S. 1 F. 1 BGB

Die Entwürfe und Gesetzbücher vor Inkrafttreten des BGB hielten nach vorheriger Ablehnungserklärung des Gläubigers ein wörtliches Angebot ganz überwiegend nicht mehr für erforderlich, so z.B. Art. 309 S. 3 DE, § 748 Sächs. BGB und das preussische Allgemeine Landrecht[443].

Dasselbe gilt für die h.M. und die überwiegende Rechtsprechung im gemeinen Recht, wenngleich dort die Frage umstritten war[444].

Erst § 30 des Teilentwurfs über das Obligationenrecht sah auch nach vorheriger Nichtannahmeerklärung eine "Bereitschaftserklärung" des Schuldners vor, aus der im Laufe der Beratungen das wörtliche Angebot wurde[445].

---

443) Dernburg, Privatrecht II § 73; vgl. oben S. 160;

444) Vgl. oben S. 138;

445) Vgl. oben S. 143;

Es darf also gesagt werden, daß die Bestimmung des § 295 S. 1 F. 1 BGB im Vergleich zur vorherigen Rechtslage "neu" war, wie auch die heftige Kritik daran belegt[446].

Ebenso "neu" im Vergleich zur vorherigen Regelungstechnik war die Verweisung in § 615 S. 1 BGB auf die Gläubigerverzugsvorschriften.

Es läßt sich deshalb nicht ausschließen, daß die 1. Kommission bei der Verweisung noch mehr an die vorherige Rechtslage beim Annahmeverzug dachte, wonach ein wörtliches Angebot nach Ablehnung nicht mehr erforderlich war, als an die neuen Vorschriften.

(5) Inhaltliche Aufrechterhaltung des bisher geltenden Rechts

Die Formulierung "zu der Dienstleistung bereit war" in Art. 625 S. 1 DE wurde von der 1. Kommission als zu ungenau empfunden und deshalb verlangt, daß der Dienstverpflichtete zur Vorleistung fertig und bereit war und daß er rechtzeitig und ordnungsgemäß sich zur Erfüllung erboten habe. Da diese Erfordernisse angeblich mit denen des Annahmeverzugs zusammenfielen, werde das Gesetz mit einer Verweisung auf die Annahmeverzugsregeln an Einfachheit und Verständlichkeit gewinnen[447]. Durch die Rückverweisung auf die Gläubigerverzugsvorschriften wollte sich also der Gesetzgeber eine eigenständige Fassung der an das Verhalten des Dienstverpflichteten zu stellenden Anforderungen ersparen.

---

446) Oertmann, 3./4. Aufl., § 615 Anm. 2 mwN; Schenker JJb 79, 185; Rosenberg JJb 43, 192 mwN;

447) Prot. I S. 2265; vgl. oben S. 143 ff;

Inhaltlich sollte das bisher geltende, also insbesondere das gemeine Recht aufrechterhalten werden[448], und man glaubte dies durch die Verweisung auf die Annahmeverzugsvorschriften genügend deutlich zum Ausdruck gebracht zu haben.

Wie oben S. 138 ff nachgewiesen, war gem. dem vor Inkrafttreten des BGB geltenden Recht nach vorheriger Ablehnungserklärung des Dienstherrn ein wörtliches Angebot des Arbeitgebers gerade nicht mehr erforderlich. Jetzt aber wurde es durch die Mitverweisung auf § 295 S. 1 F. 1 BGB notwendig, obwohl der Gesetzgeber an der Rechtslage nichts hatte ändern wollen.

Auch insoweit liegt also der Schluß nahe, daß der Gesetzgeber die Konsequenzen der Verweisung auf die Annahmeverzugsvorschriften und damit auch auf § 295 S. 1 BGB nicht in jeder Hinsicht erkannt hat.

(6) §§ 293 ff BGB auf einmaligen Leistungsaustausch zugeschnitten

Die Regeln des BGB über Unmöglichkeit und Annahmeverzug sind auf den einmaligen, allenfalls auf den sich wiederholenden Austausch von Leistung und Gegenleistung zugeschnitten[449]. Auf Dauerschuldverhältnisse wie das Arbeitsverhältnis, das nicht durch einen einmaligen Leistungsaustausch erfüllt wird, läßt sich die Regelung deshalb nicht ohne weiteres übertragen[450].

---

448) Meyer DJZ 1906, 531; Oertmann AcP 116, 26;

449) Stehl AuR 67, 48; Blomeyer Anm. zu BAG AP Nr. 26 zu § 615 BGB;

450) Canaris aaO S. 123; Stehl AuR 67, 48; Blomeyer Anm. zu BAG AP Nr. 26 zu § 615 BGB;

Die Annahmeverzugsvorschriften passen für das Arbeitsverhältnis deshalb nur, solange ein Leistungsaustausch noch überhaupt nicht stattgefunden hat, also vor Arbeitsbeginn. Dann kann es auch sinnvoll erscheinen, nach vorheriger Ablehnungserklärung gem. § 295 S. 1 F. 1 BGB ein wörtliches Angebot zu fordern.

Soweit das Arbeitsverhältnis aber bereits besteht und ein fortwährender Leistungsaustausch stattfindet, ist die Lage nicht mehr mit der eines normalen, auf einmaligen Leistungsaustausch gerichteten Schuldverhältnisses vergleichbar.

Auch diese Schwierigkeit der Verweisung hat der Gesetzgeber wohl nicht gesehen, bzw. zumindest nicht gebührend berücksichtigt.

gg) Zusammenfassung und Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, daß der Gesetzgeber entgegen seiner erklärten Absicht keine erschöpfende Regelung der vom Arbeitnehmer nicht verschuldeten Verhinderungsgründe geschaffen und das bisher geltende Recht tatsächlich nicht aufrechterhalten hat.

Wegen § 616 BGB steht der Arbeitnehmer bei Verhinderung aus Gründen in seiner Person besser als bei vorheriger rechtswidriger Ablehnungserklärung, die eine Hinderung aus dem Bereich des Arbeitgebers darstellt.

Die getroffene Regelung bringt entgegen den Vorstellungen des Gesetzgebers jedenfalls insofern keinen Gewinn an Einfachheit und Verständlichkeit, als zur Erhaltung des Anspruchs aus § 615 BGB ein wörtliches Angebot auch dann erforderlich ist, wenn das Dienstverhältnis schon bestanden hatte. Zweifelhaft ist, ob der Gesetzgeber bei der Verweisung die im Vergleich zum früheren Recht neue Regelung des § 295 S. 1 F. 1 BGB und deren Auswirkungen im arbeitsrechtlichen Bereich überhaupt gesehen hat.

Nach alledem ist als Zwischenergebnis festzuhalten, daß die Verweisung in § 615 S. 1 BGB auf § 295 S. 1 F. 1 BGB jedenfalls in ihren Auswirkungen im arbeitsrechtlichen Bereich vom Willen des Gesetzgebers nicht in jeder Hinsicht gedeckt war.

d) Teleologische Interpretation

Teleologische Kriterien sind die Zwecke der gesetzlichen Regelung und das im Gesetz zum Ausdruck gekommene Rangverhältnis der Zwecke, wobei es sich in vielen Fällen um objektive Zwecke des Rechts handelt, also um allgemeine Rechtsprinzipien wie z.B. die Ausgewogenheit einer Regelung im Sinne optimaler Streitentscheidung und optimaler Berücksichtigung der im Spiele befindlichen Interessen, der Sachgemäßheit, der Vermeidung von Wertungswidersprüchen sowie der Gleichbehandlung.

Objektiv-teleologisch werden diese Kriterien genannt, weil es bei ihnen nicht darauf ankommt, daß sich der Gesetzgeber ihrer immer bewußt gewesen ist, wenn sich nur seine Regelung im ganzen als durch sie bedingt verstehen läßt[451].

Auch die objektive Auslegungsmethode ist jedoch insoweit subjektiv, als Ausgangspunkt der Gesetzesinterpretation immer nur der reale Wille des Normenautors sein kann[452], denn das Streben nach Erkenntnis des "objektivierten" Willens des Gesetzgebers zielt in

---

451) Larenz, Methodenlehre S. 322 ff, 359;
452) MünchKomm-Säcker Einl. 105;

Wahrheit ebenfalls auf die Ermittlung des realen Willens des historischen Gesetzgebers, dem damit der entscheidende Rang zukommt[453].

Allerdings schließt dies Wandlungen der Auslegung, welche den Veränderungen der Lebensverhältnisse folgen, keineswegs aus; es kommt nur darauf an, daß die Intention, welcher das Gesetz seit seiner Entstehung dienen soll, gewahrt bleibt[454].

Insgesamt maßgebend ist danach der in der Bestimmung zum Ausdruck kommende Wille, so wie er sich aus Wortlaut und Sinnzusammenhang ergibt[455].

aa) Zwecke des § 615 BGB

Neben den oben c ausführlich dargestellten Zwecken der Verweisung auf die §§ 293 ff BGB muß hier also berücksichtigt werden, welchen Zweck der Gesetzgeber mit der in § 615 BGB getroffenen Regelung als solcher verfolgte.

Es bestehen wenig Zweifel daran, daß der Bestimmung die sozialpolitische Absicht zugrunde lag und liegt, dem Dienstnehmer seinen Lohnanspruch zu erhalten, wenn aus außerhalb seiner Person liegenden Gründen die Dienstleistung unterbleibt, da der Arbeitnehmer idR kurzfristig keine andere gleichwertige Beschäftigung findet und auf seinen Lohn zur Sicherung seines Lebensunterhalts angewiesen ist.

---

453) MünchKomm-Säcker Einl. 106 mwN; Larenz, Methodenlehre S. 315;

454) MünchKomm-Säcker Einl. 107;

455) BVerfG 1, 312; 10, 244; 11, 130; Palandt-Heinrichs Einl. 2 a vor § 1;

Dieser Zweck kann auch unter heutigen Gesichtspunkten voll bejaht werden, insbesondere da das Prinzip "kein Lohn ohne Arbeit"[456] mittlerweile soweit durchlöchert ist, daß eine gewisse Tendenz dafür spricht, dem Arbeitnehmer im Zweifel seinen Lohnanspruch zu erhalten.

Die Verweisung auf §§ 293 ff BGB regelt die Mindestvoraussetzungen, die zur Erhaltung des Lohnanspruches an das Verhalten des Arbeitnehmers zu stellen sind und dient insofern dem sozialpolitischen Zweck des § 615 BGB.

Daraus folgt zwanglos, daß die Verweisung als rein gesetzestechnischer Kunstgriff zur Vermeidung von Wiederholungen bzw. eigenständigen Neuformulierungen mit ähnlichem Inhalt nicht den primären, sozialpolitischen Zweck der Norm aushöhlen darf.

bb) Zwecke des § 295 S. 1 F. 1 BGB

Zweck des § 295 S. 1 F. 1 BGB ist die Manifestierung der schuldnerischen Leistungsbereitschaft sowie die eindeutige Festlegung des Zeitpunktes, in dem der Gläubigerverzug beginnt[457].

Diese ratio trifft nur zu, wenn die Leistungsbereitschaft des Schuldners und deren zeitliche Lage dem Gläubiger nicht ohne weiteres erkennbar sind. Bei den hier untersuchten Fällen[458], insbesondere bei Kündigungen, weiß der Arbeitgeber idR definitiv, daß und wann der Arbeitnehmer zur Leistung bereit ist.

---

456) Vgl. oben **S. 1, Fn. 3;**

457) Blomeyer Anm. zu BAG AP Nr. 26 zu § 615 BGB; aA Schenker JJb 79, 169 mwN;

458) Vgl. oben **S. 6;**

Die mit § 295 S. 1 F. 1 BGB verfolgten Zwecke Manifestation und Festlegung passen deshalb nicht auf ein im Vollzug befindliches Arbeitsverhältnis.

Hingegen ist bei einem noch nicht angetretenen Arbeitsverhältnis bei weitem nicht so selbstverständlich, daß der Arbeitnehmer zur Arbeit erscheint. Wegen dieser mangelnden Erkennbarkeit der Leistungsbereitschaft hat § 295 S. 1 F. 1 BGB hier seinen guten Sinn. Dafür spricht auch, daß ein Arbeitsverhältnis, bei dem es noch nicht zum Leistungsaustausch gekommen ist, eher mit einem normalen Schuldverhältnis vor der Erfüllung vergleichbar ist[459].

cc) Gleichbehandlung als objektiver Gesetzeszweck

Wie schon dargelegt, ist ein objektiver Zweck eines Gesetzes stets eine gerechte Lösung. Eine solche würde fehlen, wenn gleichartige Fälle ungleich oder ungleiche gleich behandelt würden.

Kündigt der Arbeitgeber z.B. durch Aushang am schwarzen Brett Kurzarbeit an, ohne daß der Betriebsrat zugestimmt hat, spricht er eine rechtswidrige oder nichtige Kündigung aus, erklärt er bei einem Streik auch die arbeitswilligen Arbeitnehmer für ausgesperrt, läßt er frisch eingestellte Arbeitskräfte, die noch keinen Urlaubsanspruch erworben haben, während der Betriebsferien nicht arbeiten oder suspendiert er einen Mitarbeiter vom Dienst, weil dieser angeblich gestohlen hat, so wird der betroffene Arbeitnehmer in aller Regel zumindest zunächst schlicht nichts unternehmen und der Arbeit fernbleiben.

Es ist zu fragen, ob aus dem Blickwinkel eines objektiven Betrachters bei den soeben geschilderten Sachverhalten zwischen dem Fall eines Arbeitnehmers, der

---

459) So im Ergebnis schon OLG Kiel SeuffA Bd. 59,Nr.91;

passiv bleibt und einem, der seine Arbeitsleistung erneut wörtlich anbietet ein Unterschied besteht, der eine differenzierende Behandlung rechtfertigt.

Dabei kommt es für die Frage nach der "Gleichheit" der Sachverhalte unstreitig auf eine Wertung an, die seitens Rechtsprechung und Literatur nahezu einhellig dahingehend ausfällt, daß das Erfordernis des wörtlichen Angebots nach vorheriger Ablehnung bei einem im Vollzug befindlichen Arbeitsverhältnis lebensfremd und unpassend, sinnlos und unzumutbar, unbefriedigend und eine reine Formsache, in der Praxis nicht durchführbar und für eine sachgerechte Lösung überaus hinderlich sei[460].

Wie die Praxis zeigt, erscheint auch den Beteiligten das Verlangen nach einem wörtlichen Angebot trotz vorheriger Ablehnungserklärung häufig als unsinnig[460a].

Ein nach allgemeiner Meinung sinnloses Verhalten kann aber wertungsmäßig keinen so relevanten Unterschied zu seinem Unterlassen darstellen, daß eine differenzierende Behandlung gerechtfertigt wäre.

Da das Gesetz bei wörtlicher Auslegung des § 295 S. 1 F. 1 BGB tatsächlich jedoch zu unterschiedlichen Lösungen führt, erfüllt es seine Funktion insoweit nicht, ein Rechtsproblem gerecht, d.h. nach "Gesetz und Recht" zu lösen[461].

dd) Zusammenfassung

Nach dem objektivierten Willen des Gesetzgebers hat § 615 BGB einen eminent sozialpolitischen Zweck. Dieser Zweck wird durch die Anforderungen, die §§ 615 S. 1,

---

460) Vgl. oben S. 5, Fn. 10;

460a) Vgl. oben S. 4;

461) Art. 3, 20 Abs. 3 GG; BVerfG NJW 73, 1221 (1225 f); BGHZ 3, 308 (315);

295 S. 1 F. 1 BGB bei wörtlicher Auslegung an das Verhalten des Arbeitnehmers nach vorheriger Ablehnungserklärung stellen, vereitelt, wenn der Arbeitnehmer nichts unternimmt.
Hingegen läuft die in § 295 S. 1 F. 1 BGB bezweckte Manifestation und Festlegung bei in Vollzug befindlichem Arbeitsverhältnis leer, weil für den Arbeitgeber die Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers ohnehin erkennbar ist.
Schließlich entspricht die Regelung nach allgemeiner Ansicht auch nicht dem objektiven Gesetzeszweck Gerechtigkeit.

e) Zwischenergebnis

Nach grammatikalischer und systematischer Auslegung der §§ 615 S. 1, 295 S. 1 F. 1 BGB ist bei vorheriger Ablehnungserklärung des Arbeitgebers ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers erforderlich, um den Lohnanspruch aus § 615 BGB zu erhalten.
Hingegen ergibt die subjektiv-historische Auslegung, daß das Erfordernis des wörtlichen Angebots zumindest im arbeitsrechtlichen Bereich des § 615 BGB dem Willen des historischen Gesetzgebers nicht **entspricht.**
Nach objektiv-teleologischer Auslegung kann ein wörtliches Angebot nur bei Arbeitsverhältnissen gefordert werden, die sich noch nicht im Vollzug befinden.
Die Ergebnisse der verschiedenen Auslegungsmethoden sind also widersprüchlich. Da die aufgrund historischer und teleologischer Interpretation gewonnenen Resultate keinerlei Anklang und noch nicht einmal unvollkommenen Ausdruck im Gesetzestext gefunden haben, ist weder einengende noch erweiternde Auslegung möglich. Vielmehr sind die Grenzen der Auslegung im engeren Sinne erreicht[462].

461a) BFH BStBl 51 III 3; Larenz, Methodenlehre S. 309; Reinecke NJW 55, 1383 mwN zur RSpr. des BAG; Palandt-Heinrichs Einl. V 2 a vor 1; aA MünchKomm-Säcker Einl. 101: mögliche Wortbedeutung untauglich zur Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung;

2) Lückenfeststellung

Nach der Feststellung, daß die Resultate der verschiedenen Interpretationskriterien mittels Auslegung im engeren Sinne, d.h. innerhalb der möglichen Wortbedeutung, nicht miteinander in Einklang gebracht werden können, ist als logisch nächster Schritt des Auslegungsverfahrens zu untersuchen, ob nicht eine Gesetzeslücke vorliegt, die im Wege der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung geschlossen werden könnte[462].

Um zu verhindern, daß das Gesetz die ihm zukommende Rolle als primäre Regelung verliert, bedarf allerdings die das Gesetz ergänzende oder umbildende sog. offene Rechtsfortbildung besonderer Voraussetzungen[463]. Dabei kommt dem Lückenbegriff die Aufgabe zu, die Grenzen abzustecken, innerhalb derer dem Richter Rechtsfortbildung gestattet ist[464].

---

462) Larenz, Methodenlehre S. 350;

463) Larenz, Methodenlehre S. 309; Meier-Hayoz aaO S. 42;

464) Canaris aaO 17, 21, 37; Larenz, Methodenlehre S. 352, 354 mit dem zutreffenden Hinweis, daß nur der Lückenbegriff die Grenzen der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung bezeichnet, die sich an die Regelungsabsicht, den Plan und die immanente Teleologie des Gesetzes gebunden fühlt, nicht aber die der das Gesetz übersteigenden Rechtsfortbildung;

a) Zum Lückenbegriff

Eine Gesetzeslücke ist nach ganz h.M. eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes[465]. Die juristische Methodenlehre unterscheidet zahlreiche Arten von Lücken[466]:

Bei den sog. Regelungslücken ist nicht ein bestimmter Rechtssatz, sondern eine bestimmte Regelung im ganzen unvollständig, d.h. sie enthält keine Regel für eine solche Frage, die nach der zugrunde liegenden Absicht einer Regelung bedarf[467], wobei der dem Gesetz zugrunde liegende Regelungsplan aus dem Gesetz selbst im Wege der historischen und teleologischen Auslegung zu erschließen ist[468].

Die Regelungslücken werden unterteilt in "offene" und "verdeckte" Lücken. Bei den offenen Lücken fehlt eine nach dem Gesetzeszweck zu erwartende positive Regelung, d.h. es liegt zwar eine gesetzliche Anordnung vor, diese trifft aber ihrem Wortlaut nach Fallsituationen nicht, die sie nach dem Maßstab der Gesamtheit der geltenden Rechtsordnung ebenfalls treffen sollte[469].

Hinsichtlich des zeitlichen Moments unterscheidet die h.H. anfängliche und nachträgliche Lücken danach, ob die Lücke vom Inkrafttreten des Gesetzes an vorhanden war oder erst infolge der technischen oder wirtschaftlichen Entwicklung entstanden ist[470].

---

465) Begriff von Elze aaO S. 3 ff; Larenz, Methodenlehre S. 358; Canaris aaO S. 16; Binder aaO S. 984;

466) Vgl. MünchKomm-Säcker Einl. 129 ff;

467) Larenz, Methodenlehre S. 357;

468) Larenz, Methodenlehre S. 358;

469) Larenz, Methodenlehre S. 362, 377; Soergel-Schmidt, 10. Aufl., Einl. 118; Canaris aaO S. 83;

470) Larenz, Methodenlehre S. 362;

Soweit eine anfängliche Lücke vorliegt, wird ferner differenziert nach bewußten und unbewußten Lücken und zwar abhängig davon, ob sich der Gesetzgeber der Lückenhaftigkeit der Regelung bewußt war oder nicht[473].

Es soll nicht verkannt werden, daß am Lückenbegriff der h.M. und an der juristischen Hermeneutik überhaupt fundierte Kritik geübt wird.

So behauptet etwa Kelsen[474], echte Lücken in dem Sinne, daß ein Rechtsstreit gemäß den geltenden Normen nicht entscheidbar wäre, gebe es überhaupt nicht. Vielmehr sei eine Entscheidung immer möglich, da auch in der den Anspruch abweisenden Entscheidung die geltende Rechtsordnung angewendet werde[475].

Eine Lücke bedeute deshalb immer nur, daß die logisch mögliche Entscheidung als unzweckmäßig oder als zu ungerecht empfunden werde, also so unzweckmäßig und ungerecht, daß sie zu der Annahme dränge, der Gesetzgeber habe an diesen Fall gar nicht gedacht und hätte, wenn er an ihn gedacht hätte, anders entschieden, als aufgrund des Gesetzes entschieden werden müßte. Auch das - nach Ansicht des Rechtsanwenders - schlechte Recht sei aber anzuwenden. Eine Lücke sei demnach nichts anderes als die Differenz zwischen dem positiven Recht und einer für besser, gerechter, richtiger gehaltenen Ordnung[476].

---

473) Soergel-Schmidt, 10.Aufl., Einl. 118 ff; Meier-Hayoz aaO S. 155; Larenz, Methodenlehre S. 364;

474) aaO S. 100;

475) Dagegen Larenz, Methodenlehre S. 357;

476) aaO S. 101;

Unter dem Schein der Ergänzung werde die ursprüngliche Norm im Zuge der Rechtsanwendung aufgehoben und durch eine neue ersetzt[477].

Wieder andere meinen, in Wirklichkeit sei die sog. Lücke für den Richter die Regel[478] oder eine echte Lücke liege nur dann vor, wenn eine Gesetzesnorm überhaupt nicht angewandt werden könne, ohne daß ihr eine weitere Bestimmung hinzugefügt wird, die das Gesetz vermissen läßt[479].

Ohne daß der rechtsphilosophische Streit zwischen den verschiedenen Schulen für die vorliegende Untersuchung entschieden werden müßte, kommt es entscheidend darauf an, die erkennbaren Wertungen und Entscheidungen des Gesetzes strikt zu beachten und klar zu trennen zwischen reiner Rechtsanwendung und lückenschließenden Wertungen[480]. Zweifelsohne erfordert die Lückenfüllung (wenn nicht schon deren Feststellung) einen Akt wertender Erkenntnis[481]. Es kann deshalb letztlich nur darauf ankommen, wenigstens klar und offen zu sagen, woher das Normgut kommt[482], also die Wertungsmaßstäbe offenzulegen und damit die Entscheidung transparent und nachvollziehbar zu machen.

---

477) aaO S. 113;

478) Kriele aaO S. 63;

479) Burckhardt aaO S. 260; Nawiasky aaO S. 142; Zitelmann aaO S. 27 ff;

480) MünchKomm-Säcker Einl. 93;

481) Soergel-Schmidt, 10.Aufl., Einl. 119;

482) Esser, Gesetzesrationalität S. 25 ff; MünchKomm-Säcker Einl. 93;

In diesem Sinne spricht sich auch das BVerfG[483] aus: "Der Richter muß sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen. Es muß einsichtig gemacht werden können, daß das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt. Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke nach den Maßstäben praktischer Vernunft und den fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft (BVerfG 9, 338, 349)." Im Arbeitsrecht habe die Rechtsfortbildung infolge des Zurückbleibens der Gesetzgebung hinter dem Fluß der sozialen Entwicklung besonderes Gewicht erlangt. Mit dem zeitlichen Abstand wachse die Freiheit des Richters zur schöpferischen Fortbildung des Rechts.

b) Lückenfeststellung konkret

aa) Planwidrige Unvollständigkeit

Jede planwidrige Unvollständigkeit setzt logisch voraus, daß wenigstens für einen bestimmten Bereich eine vollständige Regelung beabsichtigt war[484]. Bei der aus den positivistischen Vorstellungen des 19.Jahrhunderts resultierenden Kodifikation des BGB kann an dieser grundsätzlichen Absicht des Gesetzgebers kein Zweifel bestehen.

Im Rahmen der Untersuchung der verschiedenen Auslegungskriterien wurde bereits ausführlich dargestellt, daß das Erfordernis eines wörtlichen Angebots nach

---

483) NJW 73, 1221 (1225 f);
484) Larenz, Methodenlehre S. 355;

vorheriger Ablehnungserklärung des Arbeitgebers zwar dem Wortlaut und der Systematik der §§ 615 S. 1, 295 S. 1 F. 1 BGB entspricht[485], nicht aber der historischen Absicht des Gesetzgebers[486] und dem Gesetzeszweck bei objektiv-teleologischer Auslegung[487].

Da sich die Auslegung "gleichsam bruchlos" in der offenen Rechtsfortbildung fortsetzt, sind dieselben Kriterien, die bei der Auslegung eine Rolle spielen, auch bei der Feststellung und Ausfüllung von Gesetzeslücken von maßgebender Bedeutung[488].

Die im Rahmen der Gesetzesauslegung gewonnenen Ergebnisse[489] können deshalb unverändert auch für die Lückenfeststellung fruchtbar gemacht werden: weil das Erfordernis eines wörtlichen Angebots nach vorheriger Ablehnungserklärung bei bestehendem Arbeitsverhältnis weder dem historischen noch dem objektivierten Willen des Gesetzgebers entspricht[490], obwohl eine vollständige Regelung beabsichtigt war, weil das Gesetz also, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, unvollständig ist[491] und die ratio legis auf einen bestimmten Sondertatbestand nicht zutrifft[492], liegt eine planwidrige Unvollständigkeit, eine Gesetzeslücke vor.

---

485) Oben S. 134, 136;
486) Oben S. 137 ff;
487) Oben S. 163 ff;
488) Larenz, Methodenlehre S. 351 mwN;
489) Oben S. 168;
490) Oben S. 137 ff und S. 163 ff;
491) Larenz, Methodenlehre S. 359 mwN;
492) Canaris aaO S. 87;

bb) Grenzen des möglichen Wortsinns

Die Feststellung einer Lücke und deren Ausfüllung mittels Analogie oder teleologischer Reduktion als sog. offene Rechtsfortbildung setzen ferner voraus, daß die Grenzen des möglichen Wortsinns erreicht sind, daß also die erstrebte Auslegung keinen auch noch so unvollkommenen Ausdruck im Gesetzestext gefunden hat[493].

Wie schon oben S. 168 festgestellt, hat der aufgrund historischer und teleologischer Auslegung ermittelte Wille des Gesetzgebers im Gesetzestext keinerlei Anklang gefunden, so daß die Grenzen des Wortlauts und damit der Auslegung im engeren Sinne erreicht sind[494].

Auch unter diesem einschränkenden Gesichtspunkt steht also nichts im Wege, das Vorliegen einer Gesetzeslücke anzunehmen.

cc) Art der Lücke

Da nur eine bestimmte Regelung unvollständig ist, nicht aber die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit, handelt es sich um eine Regelungslücke[495].

Die Lücke ist anfänglich und unbewußt, da der Gesetzgeber des Jahres 1896 das Problem nicht gesehen hat und glaubte, eine abschließende und erschöpfende Regelung zu schaffen[496].

---

493) Larenz, Methodenlehre S. 309; Palandt-Heinrichs Einl. V 2 a vor 1 mwN;

494) Vgl. oben Fn. 464 mwN;

495) Larenz, Methodenlehre S. 360 mwN und oben S. 169;

496) Vgl. oben S. 169 und S. 155;

Schließlich handelt es sich um eine verdeckte Lücke[497], denn es fehlt nicht an einer zu erwartenden positiven Regelung, sondern eine vorhandene Regelung trifft auch Fallgestaltungen, für die sie nach der immanenten Teleologie des Gesetzes nicht gelten sollte.

c) Zwischenergebnis

Es entspricht weder dem historischen[498] noch dem objektivierten[499] Willen des Gesetzgebers, daß § 615 S. 1 BGB auch bei einem im Vollzug befindlichen Arbeitsverhältnis nach vorheriger Ablehnungserklärung des Arbeitgebers auf § 295 S. 1 F. 1 BGB mitverweist und damit zur Erhaltung des Lohnanspruches ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers verlangt.

Da die Grenzen des möglichen Wortsinnes und damit der Auslegung im engeren Sinne erreicht sind, liegt eine anfängliche, unbewußte und verdeckte Regelungslücke vor.

---

497) Vgl. oben S. 169;
498) Vgl. oben S. 137 ff;
499) Vgl. oben S. 163 ff;

3) Lückenfüllung

Ist eine Gesetzeslücke festgestellt, so muß versucht werden, die fehlende, auf den zur Entscheidung stehenden Lebensvorgang passende Norm aus dem Sinnzusammenhang des Gesetzes zu finden[500].

Im Prinzip handelt es sich dabei meist um den gleichen Vorgang wie bei der Lückenfeststellung, da sich aus dieser häufig quasi automatisch auch die Art und Weise ihrer Ausfüllung ergibt[501].

Vorliegend resultiert aus der Feststellung einer verdeckten Regelungslücke das Erfordernis einer Einschränkung der Norm. Als Methode der Lückenfüllung kommt deshalb die teleologische Reduktion in Betracht.

a) Zur teleologischen Reduktion allgemein

Die teleologische Reduktion[502] ist das methodische Gegenteil der Analogie und findet als Methode der Lückenfeststellung und der Lückenfüllung Anwendung, wenn eine gesetzliche Regelung entgegen ihrem Wortsinn, aber gemäß der immanenten Teleologie des Gesetzes einer Einschränkung bedarf, die im Gesetzestext nicht enthalten ist[503]. Ihre Rechtfertigung findet sich in dem Gebot der Gerechtigkeit, Ungleiches ungleich zu behandeln, d.h. die erforderlichen Differenzierungen vorzunehmen[504].

---

500) Palandt-Heinrichs Einl. V 3 vor 1;

501) Canaris aaO S. 84, zu den Ausnahmen S. 149, 152;

502) nach Enneccerus-Nipperdey aaO § 59 und MünchKomm-Säcker Einl. 118 "teleologische Restriktion", nach Dahm aaO S. 62 "Gegenanalogie";

503) Larenz, Methodenlehre S. 337; Soergel-Schmidt, 10.Aufl., Einl. 119;

504) Larenz, Methodenlehre S. 378; Canaris aaO S. 71;

b) Grenzen der teleologischen Reduktion

Eine teleologische Reduktion ist nicht schon dann gerechtfertigt, wenn die ratio legis in einem Einzelfall nicht zutrifft, sondern allenfalls bei einer Fallgruppe, deren Abweichung von dem Normaltatbestand der Gesetzgeber nicht gesehen, oder doch nicht so, wie es wertungsmäßig erforderlich wäre, berücksichtigt hat[505].

Wie sich schon aus dem Begriff "Reduktion" ergibt, darf der Wortlaut nur eingeschränkt, nicht aber eine Norm völlig derogiert werden[506].

Schließlich kann sich aus dem Gesetz ein Verbot der teleologischen Reduktion ergeben, "wenn ein vorrangiges Interesse an der Rechtssicherheit die strikte Einhaltung der Grundsätze des möglichen Wortsinns verlangt"[507].

c) Teleologische Reduktion konkret

Zur konkreten Problemlösung mittels teleologischer Reduktion bieten sich grundsätzlich zwei Wege an, nämlich entweder ein Ansetzen bei § 295 S. 1 F. 1 BGB oder bei § 615 BGB.

aa) Teleologische Reduktion des § 295 S. 1 F. 1 BGB

§ 615 S. 1 BGB verweist auf die gesamte Gläubigerverzugsregelung der §§ 293 ff BGB, d.h. auch auf § 295 S. 1 F. 1 BGB, dessen Rechtsfolge vom Willen des Gesetzgebers nicht umfaßt war[508].

Ausgehend von der doppelten ratio legis des § 295 S. 1 F. 1 BGB, nämlich der Manifestationsfunktion (= Klar-

505) Larenz, Methodenlehre S. 379; BGHZ 4, 153 (155);

506) Canaris aaO S. 189;

507) Larenz, Methodenlehre S. 378 f; Canaris aaO S. 192 f;

508) Vgl. oben S. 137 ff;

stellung der Leistungsbereitschaft) und der Feststellungsfunktion (= Feststellung des Verzugsbeginns) plädiert Blomeyer[509] für eine teleologisch restriktive Interpretation des § 295 BGB, wenn beide Ziele der Vorschrift im Einzelfall nicht beeinträchtigt werden und ein allgemeines Rechtsprinzip die Reduktion fordert. Als allgemeiner Grundgedanke des Arbeitsrechts fordere in den genannten Fällen das Arbeitnehmerschutzprinzip den Verzicht auf das Leistungsangebot, das dem Arbeitnehmer in Anbetracht der besonderen Situation nicht mehr zumutbar sei.

Rechtstechnisch übersieht Blomeyer offenbar, daß eine teleologisch restriktive Interpretation der Ausnahmevorschrift des § 295 BGB, also deren Nichtanwendung in bestimmten Fällen, zunächst nur dazu führt, daß die Grundregel des § 294 BGB wieder eingreift, d.h. anstatt des nur wörtlichen ein tatsächliches Angebot erforderlich wird. Das aber läuft der Interpretationsabsicht diametral entgegen.

Abgesehen davon ist die in §§ 293 - 304 BGB getroffene Regelung für sich betrachtet durchaus durchdacht und konsequent. Insbesondere wirft § 295 BGB bei Schuldverhältnissen, deren Gegenstand ein einmaliger Leistungsaustausch ist, nicht dieselben Probleme auf wie im Arbeitsrecht, da seine Rechtsfolgen (§§ 300 ff BGB) hier erst relevant werden, wenn zum Gläubigerverzug ein weiteres Ereignis, wie z.B. Beschädigung der Sache, hinzukommt[509a].

Es ist deshalb kein Grund ersichtlich, die teleologische Reduktion bei § 295 S. 1 F. 1 BGB vorzunehmen.

---

509) Anm. zu BAG AP Nr. 26 und 31 zu § 615 BGB;
509a) Vgl. oben S. 3;

bb) Teleologische Reduktion der Verweisung in § 615 S. 1 BGB

Der Ansatzpunkt für eine Lösung des Problems kann deshalb nicht bei §§ 295 ff BGB, sondern nur bei der mißglückten und zu wenig durchdachten Verweisung in § 615 S. 1 BGB gesucht werden.

(1) Arbeitsverhältnis nicht im Vollzug

Wie oben S. 165 dargelegt, enthalten §§ 615 S. 1, 295 S. 1 F. 1 BGB auch für das Arbeitsverhältnis eine zutreffende Regelung, wenn dieses sich noch nicht im Vollzug befindet, d.h. die Arbeit noch nicht angetreten ist.

In diesen Fällen weiß der Arbeitgeber nicht, ob der Arbeitnehmer tatsächlich zur Arbeit erscheinen will; die Manifestation der Leistungsbereitschaft durch ein wörtliches Angebot ist deshalb aus seiner Sicht sinnvoll und legt gleichzeitig den Beginn des Annahmeverzuges fest, wenn die Leistungszeit nicht genau bestimmt ist.

Auch ist das Interesse des Arbeitnehmers an einer noch nicht begonnenen Arbeit regelmäßig erheblich geringer als dasjenige an einer bereits länger innegehabten und bewährten Arbeitsstelle. Es kann ihm deshalb zugemutet werden, seine Leistungsbereitschaft trotz der Ablehnungserklärung durch ein wörtliches Angebot zu dokumentieren.

Da also aus der Sicht der Beteiligten in etwa dieselbe Interessenlage besteht, wie bei einem auf einmaligen Leistungsaustausch zugeschnittenen Schuldverhältnis, finden §§ 615 S. 1, 295 S. 1 F. 1 BGB uneingeschränkt Anwendung.

(2) Arbeitsverhältnis im Vollzug

Eine teleologische Reduktion der Verweisung auf die Gläubigerverzugsvorschriften ist deshalb nur für diejenigen Fälle erforderlich, in denen sich das Arbeitsverhältnis bereits im Vollzug befindet, d.h. die Arbeit angetreten und nicht wieder beendet wurde.

In diesen Fällen ist nach der Absicht des historischen Gesetzgebers und nach dem Normzweck überhaupt kein Angebot mehr erforderlich, wenn der Arbeitgeber bereits vorher die Leistung abgelehnt hat.

Ebenso wie bei der von Blomeyer erwogenen Reduktion des § 295 BGB[510] genügt es zur Erreichung dieses Zieles nicht, § 295 S. 1 F. 1 BGB für bestimmte Fallgruppen von der in § 615 S. 1 BGB ausgesprochenen Verweisung auszunehmen, denn auch hier wäre die Folge das Eingreifen der allgemeinen Regel des § 294 BGB, d.h. bei vorheriger Ablehnung der Leistung wäre ein tatsächliches Angebot des Arbeitnehmers erforderlich.

Entgegen dem Regelfall, in dem aus der Feststellung einer verdeckten Lücke quasi automatisch deren Ausfüllung durch Nichtanwendung eines Rechtssatzes für eine bestimmte Fallgruppe folgt[511], genügt hier also eine bloß negative Bestimmung nicht.

Vielmehr muß zur Erreichung einer sachgerechten Regelung das Erfordernis eines Angebots bei im Vollzug befindlichen Arbeitsverhältnissen nach vorheriger Ablehnungserklärung überhaupt ausgeschaltet werden, d.h. der Lohnanspruch muß dem Arbeitnehmer in diesem Falle ohne jedes Angebot erhalten bleiben.

---

510) Vgl. oben S. 179;
511) Canaris aaO S. 84;

Die teleologische Reduktion des verweisenden Rechtssatzes in § 615 S. 1 BGB ist deshalb so vorzunehmen, daß hinter § 615 S. 1 BGB folgender gedachter Satz eingefügt wird:

> "Der Annahmeverzug tritt bei einem im Vollzug befindlichen Arbeitsverhältnis auch ohne wörtliches Angebot des Verpflichteten ein, wenn der Gläubiger erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde."

4) Überprüfung der Lösung

a) Grenzen der teleologischen Reduktion eingehalten

Die oben S. 178 aufgezeigten Grenzen der gesetzesimmanenten offenen Rechtsfortbildung mittels teleologischer Reduktion wurden eingehalten, da es sich bei den untersuchten, oben S. 6 beispielhaft aufgezählten Fallgestaltungen nicht um Einzelfälle, sondern um Fallgruppen handelt und die Verweisungsnorm des § 615 S. 1 BGB auch nicht vollständig derogiert wird.

b) Lösung der nach den bisherigen Ansätzen offenen Probleme

aa) Erforderlichkeit eines wörtlichen Angebots

Mittels des gefundenen einschränkenden Rechtssatzes wird der Arbeitnehmer grundsätzlich von der leidigen Pflicht entbunden, seine Leistung auch dann noch wörtlich anbieten zu müssen, wenn der Arbeitgeber ihm vorher erklärt hatte, diese nicht mehr zu wollen.

Allen Verkünstelungen zur Umgehung des wörtlichen Angebots bzw. zur Minimalisierung der an dieses zu stellenden Anforderungen ist damit der Boden entzogen.

bb) Das Rückwirkungsproblem

Das oben S. 37 ff dargestellte Rückwirkungsproblem der h.M. tritt nicht auf, da in den kritischen Fallgruppen der Lohnanspruch unabhängig von jeder Art von Protest erhalten bleibt, es also nicht auf den Zeitpunkt des Widerspruches ankommt.

cc) Arbeitsunfähigkeit bei wörtlichem Angebot

Die vom BAG gemachte Ausnahme für den Fall der Arbeitsunfähigkeit zur Zeit des wörtlichen Angebots[512] wird im Ergebnis zwanglos erreicht, da von den oben S. 13 ff dargestellten Voraussetzungen des Annahmeverzugs lediglich das Erfordernis eines Angebots entfällt. Unabhängig von jeder Erklärung des Arbeitnehmers bleibt somit der Lohnanspruch für alle Zeiträume erhalten, in denen der Arbeitnehmer leistungsbereit war, aber auch nur für diese.

dd) Rechtssicherheit

Nicht zuletzt wird mit dem hier vorgeschlagenen einschränkenden Rechtssatz auch der Rechtssicherheit gedient. Durch die Aufgabe übersteigerter und unverständlicher Anforderungen an das Verhalten des Arbeitnehmers entspricht die Rechtslage dem gesunden Rechtsgefühl der Beteiligten. Im Falle vorheriger Ablehnungserklärung wissen bei im Vollzug befindlichem Arbeitsverhältnis beide Seiten, daß der Lohnanspruch grundsätzlich erhalten bleibt, wenn die Ablehnungserklärung nicht gerechtfertigt war und die Voraussetzungen der §§ 293 ff BGB mit Ausnahme des Angebots vorlagen.

---

512) Vgl. oben S. 28 und S. 36;

E) Reformvorhaben

Schon bald nach Inkrafttreten des BGB wurde offenbar, daß die für den Dienstvertrag gegebenen Vorschriften der §§ 611 ff BGB und die ergänzend heranzuziehenden Normen des Allgemeinen Schuldrechts und des Allgemeinen Teils des BGB den Massenarbeitsverträgen des Industriezeitalters nicht in jeder Hinsicht gerecht werden.

Im folgenden sollen deshalb die beiden bis zu einem Entwurf gediehenen Versuche zur Schaffung eines eigenständigen Arbeitsgesetzbuches mit ihren Auswirkungen auf die Annahmeverzugsvorschrift des § 615 BGB dargestellt werden.

I) Entwurf eines Arbeitsverhältnisgesetzes 1938

Der "Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis" von 1938 regelt in § 36 die Lohnzahlungspflicht bei Verschulden, Annahmeverzug und Betriebsrisiko des Arbeitgebers.

Da der Entwurf jedenfalls bei mangelndem Verschulden und fehlendem Betriebsrisiko auf die Vorschriften über den Annahmeverzug verweist, erbringt er für die hier erörterte Problemstellung keine relevante Veränderung. Gesetz wurde er nicht.

II) Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches 1977

Im November 1970 wurde von der Bundesregierung eine Kommission von 23 unabhängigen Experten eingesetzt, die die Bundesregierung bei der Erarbeitung des Entwurfs eines Arbeitsgesetzbuches beraten und sich gutachtlich zu den anstehenden Fragen äußern soll.

Zur Erleichterung der Kommissionsarbeit hat das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung 1973 eine "Diskussionsgrundlage" erstellt[513].

---

513) Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches S. 3;

§ 52 dieser Diskussionsgrundlage trägt die Überschrift "Vom Arbeitgeber veranlaßte Nichtbeschäftigung". § 52 Abs. 1 S. 1 lautet:

> "Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Arbeitnehmer auch dann das Arbeitsentgelt zu entrichten, wenn der Arbeitnehmer nur deshalb seine Arbeit nicht leistet, weil ihn der Arbeitgeber nicht beschäftigt, eine für die Leistung der Arbeit durch den Arbeitnehmer notwendige Handlung nicht vornimmt oder der Arbeitnehmer rechtmäßig die Arbeit verweigert".

Die Verweisung des § 615 S. 1 BGB auf die Annahmeverzugsvorschriften wird also ersetzt durch eine Aufzählung der wichtigsten in §§ 293 ff BGB geregelten Fälle, wobei an die Stelle der Nichtannahme der angebotenen Leistung (§§ 293, 294 BGB) praktisch die Formulierung "nicht beschäftigt" tritt.

Gemäß § 52 Abs. 3 der Diskussionsgrundlage entfällt die Lohnzahlungspflicht, soweit der Arbeitnehmer die Nichtbeschäftigung zu vertreten hat.

Nach den Beratungen der Kommissionsausschüsse und des Plenums erhielt § 52 Abs. 1 S. 1 des im September 1977 veröffentlichten Entwurfs zum Arbeitsvertragsrecht folgende Fassung:

> "Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem leistungsfähigen und den Umständen nach leistungsbereiten Arbeitnehmer auch dann das Arbeitsentgelt zu entrichten, wenn dieser seine Arbeit nicht leistet, weil der Arbeitgeber ihn nicht beschäftigt oder eine für die Leistung der Arbeit notwendige Handlung nicht vornimmt; dies gilt nicht, soweit der Arbeitnehmer die Nichtbeschäftigung zu vertreten hat".

Im Vergleich zur Diskussionsgrundlage werden Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft als Voraussetzungen des Lohnanspruchs ausdrücklich genannt. Während ihre Erforderlichkeit nach der Diskussionsgrundlage aus der Formulierung "nur deshalb... nicht leistet" entnommen werden mußte.

Der Entwurf ist den Gesetzgebungsorganen noch nicht vorgelegt worden, weil bislang nicht entschieden wurde, ob für das Arbeitsvertragsrecht ein eigener Regierungsentwurf erarbeitet werden soll.

III) Entwurf des DGB 1977

Der Deutsche Gewerkschaftsbund hat 1977 einen "Entwurf für ein Arbeitsverhältnisgesetz" vorgelegt, dessen § 57 Abs. 1 S. 1 eine Mischung aus der Diskussionsgrundlage und dem Kommissionsentwurf darstellt und sich sachlich nur unerheblich unterscheidet.

IV) Stellungnahme der Arbeitgeberverbände

In ihrer "Stellungnahme zum Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission für ein Arbeitsgesetzbuch - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht - " vom September 1977 kritisiert die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände die Abweichung "von dem durch Rechtsprechung und Lehre abgeklärten Begriff des Angebots der Arbeitsleistung".

Durch "neue Merkmale und terminologische Aufweichung" werde Rechtsunsicherheit bei der Anwendung einer wesentlichen Bestimmung des Arbeitsrechts hervorgerufen. Auch der von der Kommission verfolgte Zweck,

eine dem geltenden Recht entsprechende abschließende Regelung für alle Fälle von Verzug und Unmöglichkeit zu schaffen, werde dadurch in Frage gestellt[514].

V) Zusammenfassung und Stellungnahme zu den aktuellen Reformvorhaben

Die vorliegenden Entwürfe haben gemeinsam, daß sie die Verweisung des § 615 S. 1 BGB auf die Regeln über den Annahmeverzug durch mehr oder weniger vollständige Aufzählungen von dessen Voraussetzungen ersetzen, wobei allerdings ein Angebot nirgends mehr verlangt wird.

Vielmehr genügt es für die Erhaltung des Lohnanspruches, wenn die Arbeit nicht geleistet wird, weil der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht beschäftigt.

Die Nichtbeschäftigung muß also kausal für die Nichtleistung sein.

Hat der Arbeitgeber fristlos gekündigt oder in anderer Weise zum Ausdruck gebracht, daß er die Leistung nicht mehr annehmen wird und verhält er sich auch dementsprechend, so beruht die Nichtleistung auf der Nichtbeschäftigung, und der Lohnanspruch bleibt erhalten.

Im Ergebnis decken sich die Entwürfe somit weitgehend mit dem vorgeschlagenen einschränkenden Rechtssatz.

Zweifel könnten bei der neuen Formulierung allenfalls auftauchen, wenn der Arbeitgeber die Nichtbeschäftigung zwar ankündigt, also rechtswidrig Kurzarbeit, Feierschichten etc. anordnet, dann aber doch arbeiten läßt, z.B. weil er mittlerweile die Rechtswidrigkeit

514) S. 22 f der Stellungnahme;

eingesehen hat oder weil zahlreiche Arbeitnehmer zur Arbeit erschienen sind. In diesem Fall ist fraglich, ob die Ankündigung der Nichtbeschäftigung mit der tatsächlichen Nichtbeschäftigung iSd Vorschrift gleichgesetzt werden kann.

Angesichts des Bestrebens der Kommission, eine dem geltenden Recht entsprechende abschließende Regelung für alle bisher unter Verzug oder Unmöglichkeit zu subsumierenden Fälle zu schaffen, darf unterstellt werden, daß auch bei dieser ohnehin seltenen Fallgestaltung der Lohnzahlungsanspruch erhalten bleiben soll.

De lege ferenda bestehen keine Bedenken, bei tatsächlicher Beschäftigung trotz vorheriger Ablehnung auch den nicht informierten Arbeitnehmern den Lohnanspruch zu erhalten, da hier das Verschulden an der Nichtleistung in aller Regel beim Arbeitgeber liegen wird, der sich an seiner vorherigen Äußerung festhalten lassen muß. Aus der Sicht eines objektiven Betrachters besteht wertungsmäßig kein Unterschied, ob der Arbeitgeber nach vorheriger Ablehnung arbeiten läßt oder nicht, da die tatsächlich nicht erschienenen Arbeitnehmer nicht schlechter stehen dürfen, als diejenigen, die von der Ablehnung nichts wußten oder trotzdem am Arbeitsplatz erschienen.

VI) Vorschlag für eine Neuformulierung de lege ferenda

Bei Überlegungen zu einer Neufassung des § 615 BGB ist den Kommissionsvorstellungen dahin zu folgen, daß ein neues Arbeitsgesetzbuch schon um der Verständlichkeit willen auf Verweisungen ins BGB verzichten und eigenständige Regelungen treffen sollte. Der Verzicht auf den Begriff "Annahmeverzug" erscheint deshalb als logisch und sinnvoll.

Zweckmäßig und akzeptabel erscheint § 52 des Kommissionsentwurfs ferner insoweit, als er zum Erhalt des Lohnanspruchs Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft verlangt, da diese Kriterien auch im Rahmen der bisher anwendbaren §§ 293 ff BGB unstreitig und gesichert waren.

Wie schon oben S.187 angemerkt, gibt die Formulierung "nicht beschäftigt" in § 52 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs insofern zu Zweifeln Anlaß, als nur die tatsächliche Nichtbeschäftigung gemeint sein könnte.

Es wird deshalb vorgeschlagen, statt "ihn nicht beschäftigt" zu formulieren "seine Beschäftigung ablehnt" und damit zum Ausdruck zu bringen, daß auch eine rein verbale Ablehnung der Beschäftigung zur Erhaltung des Lohnanspruches genügt.

F) Zusammenfassung und Gesamtergebnis

I) Bisherige Lösungsansätze von Rechtsprechung und Literatur

1) Lösungsansatz der h.M.

Rechtsprechung und Literatur schließen aus der Verweisung in § 615 S. 1 BGB auf §§ 293 ff BGB und insbedere auf § 295 S. 1 F. 1 BGB überwiegend auf die grundsätzliche Erforderlichkeit eines wörtlichen Angebots des Arbeitnehmers nach vorheriger Ablehnungserklärung des Arbeitgebers[515].

Im Rahmen dieses bei wörtlicher Auslegung richtigen Denkansatzes bemühen sie sich einhellig darum, die offensichtlich unbilligen Konsequenzen der Verweisung abzumildern bzw. zu beseitigen, indem sie die Anforderungen an das wörtliche Angebot minimalisieren[516].

Die h.M. kommt aber in unlösbare Schwierigkeiten, wenn der Arbeitnehmer nach der Ablehnungserklärung überhaupt nicht[517] oder erst sehr spät reagiert[518].

2) Andere Lösungswege in Literatur und Rechtsprechung

Verschiedene Lösungsansätze versuchen deshalb die Hürde des wörtlichen Angebots gänzlich zu beseitigen, indem sie den Text des § 295 S. 1 F. 1 BGB anders auslegen[519], das Leistungsangebot in bestimmten Fällen

---

515) Vgl. oben D IV 1, 2, 5 = S. 24 ff, 40 ff, 59 ff;
516) So insbesondere oben D IV 1, 2 = S. 24 ff, 40 ff;
517) Oben D IV 2 = S. 40 ff;
518) Rückwirkungsproblem, oben D IV 1 d ee = S. 37 ff;
519) Larenz, oben D IV 3 = S. 47 ff;

nach Treu und Glauben für entbehrlich halten[520], auf eine angeblich fehlende Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers ausweichen[521], Unmöglichkeit annehmen[522], einen Analogieschluß zur Entbehrlichkeit der Mahnung beim Schuldnerverzug ziehen[523], ein tatsächliches Angebot bis zur Ablehnung der Leistung annehmen[524], zwischen Dienst- und Arbeitspflicht unterscheiden[525] oder die Nichtannahme als positive Vertragsverletzung betrachten[526].

Im Laufe dieser Untersuchung wurde ausführlich dargelegt, inwieweit die einzelnen Lösungsansätze auf fehlerhaften Voraussetzungen bzw. Schlußfolgerungen beruhen und welche Schwächen sie im Hinblick auf die erzielbaren Ergebnisse haben.

Dabei wurde nicht verkannt, daß einige der Lösungswege durchaus vertretbar und zur Lösung bestimmter Fallgruppen geeignet sind.

3) Gesamtwürdigung der bisherigen Ergebnisse von Literatur und Rechtsprechung

Sieht man von der allzu freien und teilweise eindeutig rassistischen Rechtsfindung während des Nationalsozialismus ab[527], so stand im Vordergrund stets das Bestreben nach Einzelfallgerechtigkeit bei gleichzeitigem Festhalten am Buchstaben des Gesetzes.

---

520) Oben D IV 4 = S. 51 ff;
521) § 296 BGB, vgl. oben D IV 5 = S. 59 ff;
522) Oben D IV 6 = S. 71 ff;
523) Oben D IV 7 = S. 111 ff;
524) Oben D IV 8 = S. 118 ff;
525) Nikisch, D IV 9 = S. 122 ff;
526) Oben D IV 10 = S. 128 ff;
527) Oben D IV 6 a cc = S. 73 ff; RAG ARS 37, 230 ff;

Einen grundsätzlich anderen, mittlerweile überwundenen Weg beschritt nur Nikisch[528], und erstmals Blomeyer befürwortet eine offene Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion des § 295 BGB[529] anstelle der bisherigen Verkünstelungen. Auch Blomeyer läßt sich aber nicht auf eine exakte Auslegung der Normen ein.

Abgesehen davon kann den bisherigen Lösungsmodellen der Vorwurf mangelnder dogmatischer Durchdringung des Problemkreises nicht erspart werden[530].

So nimmt es nicht Wunder, daß keiner der bisher vertretenen Lösungswege geeignet ist, für alle im Rahmen des Problembereichs auftretenden Fallgruppen eine sowohl dogmatisch als auch im Ergebnis überzeugende Lösung zu gewährleisten.

---

528) Oben D IV 9 = **S. 122 ff;**

529) Anm. zu BAG AP Nr. 26 und 31 zu § 615 BGB; D V 3 c aa = **S. 179;**

530) Hierzu eine Bemerkung Binders aaO S. 980: "Immer ist der Weg, auf dem die Praxis zu dem notwendigen Ergebnis gelangt, die Fiktion, die Erschleichung des Ergebnisses; immer wird die Lücke nicht als solche erkannt und bekannt, sondern mit irgend welchen Kunstgriffen verkleistert, immer liegt eine Lücke vor, nicht wenn die Entscheidung nicht möglich ist, sondern wenn die mögliche Entscheidung nicht sachgemäß ist."

II) Teleologische Reduktion der Verweisung

1) Gesetzesauslegung

Die exakte Interpretation des Gesetzes unter allen relevanten Gesichtspunkten führt zunächst zu einem widersprüchlichen Ergebnis: während grammatikalische und systematische Auslegung der §§ 615 S. 1, 295 S. 1 F. 1 BGB eindeutig für das Erfordernis eines wörtlichen Angebots sprechen, zwingt eine kritische Würdigung der Überlegungen des historischen Gesetzgebers zu dem Schluß, daß dieser die Konsequenzen der Mitverweisung auf § 295 S. 1 F. 1 BGB weder gesehen noch gewollt hat. Nach teleologischer Interpretation ist bei in Vollzug befindlichen Arbeitsverhältnissen ein wörtliches Angebot nicht erforderlich.

2) Lückenfeststellung und Schließung

In logischer Fortführung der mittels Auslegung gewonnenen Ergebnisse muß auf das Vorliegen einer anfänglichen, unbewußten und verdeckten Regelungslücke geschlossen werden.

Zur Ausfüllung dieser Regelungslücke bietet sich konsequenterweise nur eine teleologische Reduktion des § 615 S. 1 BGB an. Wegen des Ausnahmecharakters von § 295 S. 1 F. 1 BGB genügt hierfür eine bloß negative Bestimmung nicht. Vielmehr ist hinter § 615 S. 1 BGB folgender gedachter Satz einzufügen:

> "Der Annahmeverzug tritt bei einem im Vollzug befindlichen Arbeitsverhältnis auch ohne wörtliches Angebot des Verpflichteten ein, wenn der Gläubiger erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde."

Mit dieser gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung werden alle bisherigen Probleme des wörtlichen Angebots im arbeitsrechtlichen Bereich des § 615 BGB befriedigend gelöst.

III) Reformen

Die Gesetzgebungsarbeit an einem künftigen Arbeitsgesetzbuch ist bis zu einem Kommissionsentwurf für das Arbeitsvertragsrecht gediehen, dessen § 52 Abs. 1 S. 1 zur Lösung der bisherigen Probleme des § 615 S. 1 BGB weitgehend geeignet erscheint.

Lediglich zur Klarstellung wird eine geringfügige Umformulierung empfohlen. Danach **sollte § 52 Abs. 1 S.1** des Kommissionsentwurfs folgenden Wortlaut **haben:**

> "Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem leistungsfähigen und den Umständen nach leistungsbereiten Arbeitnehmer auch dann das Arbeitsentgelt zu entrichten, wenn dieser seine Arbeit nicht leistet, weil der Arbeitgeber seine Beschäftigung ablehnt oder eine für die Leistung der Arbeit notwendige Handlung nicht vornimmt; dies gilt nicht, soweit der Arbeitnehmer die Nichtbeschäftigung zu vertreten hat."

LITERATURVERZEICHNIS

I. Lehrbücher, Kommentare nach Verfassern, Monographien, Aufsätze, Anmerkungen:

Adomeit	Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 1962;
Auffarth/Müller	Kündigungsschutzgesetz, 1960;
Ballerstedt	Probleme einer Dogmatik des Arbeitsrechts, RdA 76, 5 ff;
Baron	Pandekten, 6. Aufl. 1887;
Beitzke	Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 615 BGB Betriebsrisiko;
	Anm. zu BAG v. 10.7.69, SAE 70, 4 ff;
Beuthien	Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, 1969;
	Das Nachleisten versäumter Arbeitszeit, RdA 72, 20 ff;
Binder	Philosophie des Rechts, 1925, Nachdruck 1967;
Blomeyer	Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl. 1969;
	Die rechtliche Bewertung des Betriebsfriedens im Individualarbeits- und Betriebsverfassungsrecht, ZfA 1972, 85 ff;
	Anm. zu BAG AP Nr. 25, 26 und 31 zu § 615 BGB;
Boer	Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, GruchBeitr 54, 493 ff;
Bötticher	Zum Regierungsentwurf des Kündigungsschutzgesetzes, RdA 51, 81 ff;
Bulla	Die Konkurrenz von arbeitsgerichtlichem Urteils- und Beschlußverfahren, RdA 78, 209 ff;
Burckhardt	Methode und System des Rechts, 1936;
Canaris	Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964;
Crome	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 1902;

Dahm	Deutsches Recht, 2. Aufl. 1951;
Dernburg	Pandekten, 2. Bd., 7. Aufl. 1903;
	Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, Bd. 2, 5. Aufl. 1897;
	Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preussens, zweite Abteilung, 1. u. 2. Aufl., 1901;
Dersch	Anm. zu RAG ARS 17, 318;
Dieterich	Die Kodifikation des Arbeitsrechts, RdA 78, 329;
Dietz	Das neue Kündigungsschutzgesetz, NJW 51, 941;
	Die Pflicht des ehemaligen Beschäftigten zur Verschwiegenheit über Betriebsgeheimnisse, Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann zum 70. Geburtstag 1938;
Elze	Lücken im Gesetz, 1916;
Endemann	Das Deutsche Handelsrecht, 2. Aufl. 1868;
Enneccerus/Lehmann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958;
Enneccerus/Nipperdey	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1959;
Erman	Handkommentar zum BGB, 1. Bd., 6. Aufl. 1975;
Esser/Schmidt	Schuldrecht, Bd. 1,Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, 5. Aufl. 1975;
Esser/Weyers	Schuldrecht, Bd. 2, Die Verträge, Teilbd. 1, 5. Aufl. 1977;
Esser	Gesetzesrationalität im Kodifikationszeitalter und heute, 1977;
Fabricius	Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, 1970;
Fieberg	Entlassung und Austritt, DJZ 1904, 485 ff;
Fikentscher	Schuldrecht, 4. Aufl. 1973;
Frey	Können Arbeitsverhältnisse angefochten werden? AuR 53, 167 ff;

Gamillscheg	Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts, AcP 176, 197 ff;
Gareis/Fuchsberger	Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, 1891;
von Gelder	Die Rechtsprechung des BAG im Jahre 1970, JurAn 1971, 221 ff;
von Gierke	Die Wurzeln des Dienstvertrages, Berliner Festschrift für Brunner, 1914;
	Deutsches Privatrecht, Bd. III, 1917;
Groh	Koalitionsrecht, 1923;
Grüll	Kündigungsrecht im Arbeitsverhältnis, 1976;
Grunsky	Streik und Zurückbehaltungsrecht - BAGE 15, 174, JuS 67, 61;
Gumpert	Freistellung von Arbeitnehmern von der Arbeitsleistung während der Kündigungsfrist, BB 61, 833;
Hanau/Adomeit	Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1978;
Heck	Grundriß des Schuldrechts, 1929;
Hedemann	Der Dresdner Entwurf von 1866, 1935;
Herschel	Zur Dogmatik des Arbeitsschutzrechts, RdA 78, 69 ff;
	Vom Arbeiterschutz zum Arbeitsrecht, in Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Bd. I, S. 305 ff;
	Anm. zu LAG Hamm vom 7.7.1953, AP 53 Nr. 241;
	Anm. zu BAG v. 10.7.69, AuR 69, 384;
	Anm. zu BAG AP Nr. 5 zu § 102 BetrVG;
	Anm. zu BAG AP Nr. 23 zu § 615 BGB;
Herschel/Steinmann	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 5. Aufl. 1961;
Hoffmann	Annahmeverzug des Arbeitgebers, DB 53, 994;
Hoppe	Verzugsschaden bei Gläubigerverzug des Arbeitgebers, BB 67, 1491 ff;

Hueck Alfred	Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften, 1944/46, Heft 7;
	Anm. zu RAG ARS 17, 84; 19, 225; 37, 230;
	Anm. zu BAG AP Nr. 10, 18 und 22 zu § 615 BGB;
	Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Böswilligkeit;
	Anm. zu BAG AP Nr. 13 zu § 615 BGB Betriebsrisiko;
	Anm. zu BAG GS AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG;
	Anm. zu BAG AP Nr. 14 zu § 56 BetrVG 1952;
Hueck Alfred und Götz	Kündigungsschutzgesetz, 9. Aufl. 1974;
Hueck/Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. Aufl. 1963;
	Grundriß des Arbeitsrechts, 5. Aufl. 1970;
Hueck/Nipperdey/Dietz	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 4. Aufl. 1943;
Hüffer	Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, 1976;
Jakobs/Schubert	Die Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen: Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB - Einführung, Biographien, Materialien, 1978; Recht der Schuldverhältnisse I, §§ 241 - 432 BGB, 1978;
Kalb	Rechtsgrundlagen und Reichweite der Betriebsrisikolehre, 1977;
Kaskel/Dersch	Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1977;
von Keller	Pandekten, 1861;
Kelsen	Reine Rechtslehre, 1934;

Kohler	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1906;
	Annahme und Annahmeverzug, JJb 17, 262 ff;
	Der Gläubigerverzug, ArchBürgR 13, 149 ff;
Köhler	Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, 1971;
Kreutz	Die Rechtsprechung des BAG im Jahr 1972, ZfA 73, 321 ff;
	Die Rechtsprechung des BAG im Jahr 1976, ZfA 77, 447 ff;
Kriele	Theorie der Rechtsgewinnung, 1967;
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 1979;
	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Besonderer Teil, 11. Aufl. 1977;
	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979;
	Anm. zu BAG vom 1.2.60, SAE 60, 80 ff;
Leonhard	Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1929;
Lotmar	Der Arbeitsvertrag, Bd. II, 1908;
Marienhagen	Gehaltsfortzahlung während einer vom Arbeitgeber mitverschuldeten Untersuchungshaft, BB 67, 795;
Meier/Hayoz	Der Richter als Gesetzgeber, 1951;
Meyer	Anm. zu OLG Kassel, DJZ 1906, 531;
Molitor	Das Wesen des Arbeitsvertrags, 1925;
	Die personenrechtliche Natur des Arbeitsverhältnisses, BlStSozArbR 49, 30 ff;
	Die Kündigung, 2. Aufl. 1951;
Mugdan	Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 1899;

Müller/Schön	Zweifelsfragen zu Urlaub, Krankheit, Einstellung, Kündigung, 4. Aufl. 1978;
Nawiasky	Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl. 1948;
Neumann	Das Arbeitsrecht in der modernen Gesellschaft, RdA 51, 1 ff;
Neumann-Duesberg	Anm. zu LAG Düsseldorf vom 16.9. 1949, AP 50 Nr. 97;
Nikisch	Arbeitsrecht, I. Bd., 3. Aufl. 1961;
	Annahmeverzug des Arbeitgebers und fristlose Entlassung, RdA 67, 241;
Nipperdey/Mohnen/Neumann	Der Dienstvertrag, 1958;
Oehmann	Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Abfindung bei unwirksamer fristloser Entlassung, RdA 52, 94;
Oertmann	Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Aufl. 1899, 3./4. Aufl. 1910 und 5. Aufl. 1928/29;
	Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, AcP 116, 1 ff;
	Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923;
Palandt u.a.	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 38. Aufl. 1979;
Planck/Siber	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 1907 und 4. Aufl. 1914;
Potthoff	Probleme des Arbeitsrechts, 1912;
	Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis? ArbeitsR 1922, Sp. 267 ff;
Puchelt/Förtsch	Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 1893;
Raiser	Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in "Hundert Jahre deutsches Rechtsleben", Bd. I, 1960;
Ramm	Die Anfechtung des Arbeitsvertrages. Zur Kritik und Neubegründung der Lehre vom Arbeitsverhältnis, 1955;

Rancke	Arbeitnehmerbegriff und sozio-ökonomischer Strukturwandel - Eine Analyse der Rechtsprechung des BAG, AuR 79, 9 ff;
Rehbinder	Das Arbeitsverhältnis im Spannungsfeld des Urheberrechts, RdA 68, 309 ff;
Reinicke	Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts, NJW 55, 1380 ff;
Richter	Grundverhältnisse des Arbeitsrechts, 1928;
Rohlfing/Rehwolle	Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 1979;
Röhsler	Die Betriebszugehörigkeit als anspruchsbegründender Faktor im Arbeitsrecht, Teil I, DB 63, 994 ff;
Römer	Pflicht des entlassenen Handlungsgehilfen, sich zur Verfügung zu stellen, DJZ 1903, 340 f;
Rosenberg	Der Verzug des Gläubigers, JJb 43, 141;
Rother	Grundsatzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeines Schuldrecht, 1974;
Rüthers Bernd	Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl. 1978;
Rüthers	Die Betriebsverfassung im Nationalsozialismus, AuR 70, 97 ff;
Säcker	Die Rechtsprechung des BAG im Jahr 1969, JurAn 1970, 165 ff;
Schaub	Arbeitsrechtshandbuch, 3. Aufl. 77;
	Der Annahmeverzug des Arbeitgebers, Arbeitsrechtsblattei, Annahmeverzug I, Stand: 1971;
Schelp	Das Arbeitsverhältnis, 1961;
Schenker	Erfüllungsbereitschaft und Erfüllungsangebot. Zur Lehre vom Gläubigerverzug, JJb 79, 141 ff;
Schlessmann	Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2. Aufl. 1965;
Schmidt Reimer	Die Obliegenheiten;
Schnorr von Carolsfeld	Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954;
	Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts, RdA 64, 297 ff;
	Anm. zu BAG AP Nr. 27, 28 zu § 615 BGB;

Schollmeyer	Kommentar zum BGB, 1900;
Schroeder	Schuldner- und Gläubigerverzug im Arbeitsverhältnis, Dissertation, Münster 1971;
Schwerdtner	Gemeinschaft, Treue, Fürsorge - oder: die Himmelfahrt des Wortes, ZRP 70, 62;
	Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, 1970;
Seiter	Die Entwicklung der Rechtsprechung des BAG im Jahre 1969, ZfA 1970, 355 ff;
Siebert	Das deutsche Arbeitsrecht, 1940/42;
	Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935;
Sigel	Der gewerbliche Arbeitsvertrag, 1903;
Soergel/Siebert u.a.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1967; Bd. II, Schuldrecht I, 10. Aufl. 1967; Bd. III, Schuldrecht II, 10. Aufl. 1969;
Söllner	Arbeitsrecht, 6. Aufl. 1978;
	Ohne Arbeit kein Lohn, AcP 167, 132 ff;
	Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit;
Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Aufl. 1897, 6./7. Aufl. 1900, 8. Aufl. 1909, 9. Aufl. 1912;
Staudinger u.a.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 1957; Recht der Schuldverhältnisse, 1. Aufl. 1901, Bd. I, 10./11. Aufl. 1967 und 12. Aufl. 1979, Bd. II, 11. Aufl. 1958;
Stehl	Annahmeverzug nach fristloser Entlassung, AuR 67, 44;
Stein-Jonas u.a.	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. I, 19. Aufl. 1972;

Thöl	Das Handelsrecht, 5. Aufl. 1870;
Titze	Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem Bürgerlichem Recht, 1900;
Trappe	Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1969;
Türcke/Niedenführ/Winter	Das Bürgerliche Recht, Kommentar, 1. Bd., II. Aufl. 1904;
Walchshöfer	Anm. zu BAG AP Nr. 30 zu § 615 BGB;
Wendt	Lehrbuch der Pandekten, 1888;
Wiedemann	Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966;
Wiethölter	Rechtswissenschaft, 1968;
Windscheid	Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 9. Aufl. 1906;
Zippelius	Einführung in die juristische Methodenlehre, 1971;
Zitelmann	Lücken im Recht, 1903;
Zöllner	Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1979;
	Anm. zu BAG AP Nr. 20 zu § 615 BGB;

II. Gesetzbücher, Entwürfe, Titel ohne oder mit mehreren Verfassern:

Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten mit Kommentar in Anmerkungen, Dr. C. F. Koch, 1853;

Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und Einführungsgesetzes, Abgeordnete Enneccerus, Buchka, Bachem, Schroeder, 1896;

Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nebst Publications-Verordnung v. 2.Juni 1863;

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches zur Reichstagsvorlage, 5. unveränderte Aufl. 1896;

Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht, Arbeitsgesetzbuchkommission, Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, 1977;

Entwurf eines Arbeitsverhältnisgesetzes, Deutscher Gewerkschaftsbund, 1977;

Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, Arbeitsrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht, 1938;

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich,
1. Entwurf, amtliche Ausgabe 1988;
Zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung, aus den Protokollen der 2. Lesung erläutert, Dr. Raetz, 1892;
Dritter Entwurf, Reichstagsvorlage, 1896;
Bundesratsvorlagen, 1898;

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen nebst Motiven, 1853;

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, 1861;

Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse (sog. Dresdner Entwurf), 1864;

Kündigungsschutzgesetz, amtliche Begründung, RdA 51, 64;

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtl. Ausgabe, 1896;

Münchner Kommentar - Bürgerliches Gesetzbuch, Heinrichs, Kramer, Säcker, Walchshöfer u.a., Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1979; Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 1979;

Protokolle der Deutschen Civilgesetzgebungscommission (Prot. I);

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse, von Achilles, Spahn und Gebhard, 1897;

Reichsgerichtsrätekommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Bd. 2, 12. Aufl. 1976;

Stellungnahme zum Entwurf der Arbeitsgesetzgbuchkommission für ein Arbeitsgesetzbuch - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, 1977;

Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Reichsjustizamt, Bd. II, Äußerungen zum Recht der Schuldverhältnisse, 1890;

Josef Zeller
Siegrunestr. 8
8 München 19

Lebenslauf

Am 5.6.1949 wurde ich in Immenstadt im Allgäu als Sohn des Fotografen Josef Zeller und seiner Gattin Katharina geboren.

Von 1955 - 1960 besuchte ich an meinem Geburtsort die Volksschule, von 1961 - 1963 die damalige Oberrealschule Maria Stern. 1965 kam ich an den mathematisch-naturwissenschaftlichen Zweig des Gymnasiums Oberstdorf, wo ich 1969 das Abitur ablegte.

Vorwiegend in Murnau verbrachte ich zwei Jahre Wehrdienstzeit und schloß diese als Leutnant der Reserve ab.

Ab dem Wintersemester 1971/72 studierte ich an der Ludwigs-Maximilians-Universität München Rechtswissenschaft und legte im Herbst 1975 mit der Gesamtnote "gut" das erste Staatsexamen ab.

Die Referendarzeit von 1976 - 1978 verbrachte ich überwiegend in München, daneben auch in Augsburg (Verwaltungsstation) und in Montreal (Wahlpflichtstation). Das zweite Staatsexamen im Termin 1978/II in München bestand ich wiederum mit der Gesamtnote "gut".

Im Juli 1979 wurde mir die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft erteilt; seit 1.1.1980 arbeite ich bei der Kanzlei Dr. Schwarz, Dr. Schniewind, Kelving und Dr. Khadjavi in München, Wittelsbacherplatz 1.